

## Unfair dismissal of agency workers or unfair legislation in the UK for businesses using agency workers?

### Citation for published version:

De Gioia-Carabellese, P & Shuttleworth, MJ 2013, 'Unfair dismissal of agency workers or unfair legislation in the UK for businesses using agency workers? A Law discussion on the agency workers regulations in the light of a theoretical - or too theoretical? - harmonisation and from a tenuous perspective of comparative analysis', *European Business Law Review*, vol. 24, no. 5, pp. 635-660.  
<<http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=EULR2013031>>

### Link:

[Link to publication record in Heriot-Watt Research Portal](#)

### Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

### Published In:

European Business Law Review

### General rights

Copyright for the publications made accessible via Heriot-Watt Research Portal is retained by the author(s) and / or other copyright owners and it is a condition of accessing these publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

### Take down policy

Heriot-Watt University has made every reasonable effort to ensure that the content in Heriot-Watt Research Portal complies with UK legislation. If you believe that the public display of this file breaches copyright please contact [open.access@hw.ac.uk](mailto:open.access@hw.ac.uk) providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

SOMMARIO

DOTTRINA

Fonti del diritto	TRATTATO DI LISBONA E DIRITTO DEL LAVORO ITALIANO: ALLA RICERCA DI UN NUOVO SISTEMA COSTITUZIONALE DELLE FONTI E DELLE TUTELE di <i>Vincenzo de Michele</i>	113
Previdenza	L'INDIVIDUAZIONE DELL'ATTIVITÀ PREVALENTE DEL SOCIO AMMINISTRATORE DI S.R.L. AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE di <i>Roberto Rivero</i>	128
Pubblico impiego	LA PROGRESSIONE IN CARRIERA DEI DIPENDENTI PUBBLICI PRIMA E DOPO LA "RIFORMA BRUNETTA" di <i>Dionisio Serra e Luca Busico</i>	138
Lavoro subordinato	GLI "AGENCY WORKERS" NEL REGNO UNITO FRA COMMON LAW E DISCIPLINA COMUNITARIA di <i>Pierdomenico de Gioia-Carabellese</i>	143

GIURISPRUDENZA

Sentenze commentate

Lavoro subordinato	ANCORA UNA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SUL DIRITTO ALLE FERIE DEL LAVORATORE MALATO <i>Corte di Giustizia CE, 10 settembre 2009, causa C-277/08</i> commento di <i>Maria Giovanna Mattarolo</i>	159
	ILLEGITTIMITÀ DEL LICENZIAMENTO DI LAVORATORE ADIBITO A MANSIONI NOCIVE PER LA SALUTE <i>Cassazione Civile, sez. lav., 13 ottobre 2009, n. 21710</i> commento di <i>Gianluigi Girardi</i>	164
Pubblico impiego	IL PRECARIATO PUBBLICO TRA DIVIETO DELLA TUTELA COSTITUTIVA, RISARCIMENTO DEL DANNO E STABILIZZAZIONE <i>Tribunale di Foggia, ord. 10 novembre 2009</i> <i>Tribunale di Foggia, sent. 5 novembre 2009, n. 6036</i> commento di <i>Raffaele Irmici</i>	169
Lavoro a tempo determinato	ALCUNI SPUNTI SUL LAVORO OCCASIONALE E A PROGETTO <i>Tribunale di Novara, 23 ottobre 2009</i> commento di <i>Giorgio Mannacio</i>	183
Processo del lavoro	VALORE PROBATORIO DELLE DICHIARAZIONI CONTENUTE IN VERBALI ISPETTIVI PRODOTTI IN GIUDIZIO E ALTRE QUESTIONI <i>Tribunale di Forlì, 28 aprile 2009, n. 61</i> <i>Tribunale di Forlì, 29 aprile 2009, n. 68</i> commento di <i>Anna Montanari</i>	189

Rassegna della Cassazione

a cura di <i>Carlo Alberto Giovanardi, Guerino Guarnieri, Giuseppe Ludovico, Giorgio Treglia</i>	197
--	-----

Rassegna del merito

a cura di <i>Filippo Colli, Francesco Rotondi</i>	204
---	-----

## NORMATIVA

NOVITÀ LEGISLATIVE ED AMMINISTRATIVE

a cura di *Alessia Muratorio*

210

## INDICI

213

## il Lavoro nella giurisprudenza

*Mensile di giurisprudenza e dottrina*

La Rivista si cita *Lav. Giur.*

### EDITRICE

Wolters Kluwer S.r.l. - Strada 1, Palazzo F6  
20090 Milanofiori Assago (MI)

### INDIRIZZO INTERNET

Compreso nel prezzo l'abbonamento *Il lavoro  
nella giurisprudenza on line* consultabile all'indirizzo  
[www.ipsoa.it/illavoronellagiurisprudenza](http://www.ipsoa.it/illavoronellagiurisprudenza)

### DIRETTORE RESPONSABILE

Donatella Treu

### DIREZIONE SCIENTIFICA

Franco Carinci, Michele Miscione

### REDAZIONE

Ines Attorresi, Ermanno Pagella, Stefania Banfi

### HANNO COLLABORATO

Luca Busico, Filippo Collia,  
Pierdomenico de Gioia-Carabellese, Vincenzo de Michele,  
Carlo Alberto Giovanardi, Gianluigi Girardi,  
Guerino Guarnieri, Raffaele Irmici, Giuseppe Ludovico, Gior-  
gio Mannacio, Maria Giovanna Mattarolo, Anna Montanari,  
Alessia Muratorio, Roberto Rivero, Francesco Rotondi,  
Dionisio Serra, Giorgio Treglia.

### REALIZZAZIONE GRAFICA

Ipsa

### FOTOCOMPOSIZIONE

ABCompos s.r.l.  
20089 Rozzano (MI) - Via Pavese 1/3  
Tel. 02/57789422

### STAMPA

GECA s.p.a. - Via Magellano, 11  
20090 Cesano Boscone (MI)

### REDAZIONE

Per informazioni in merito  
a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a:

**il Lavoro  
nella giurisprudenza**

**IPSOA Redazione**

Casella postale 12055 - 20120 Milano  
telefono (02) 82476.321 - telefax (02) 82476.054  
e-mail: [online.illavoronellagiurisprudenza.ipsoa@wki.it](mailto:online.illavoronellagiurisprudenza.ipsoa@wki.it)

### AMMINISTRAZIONE

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri  
arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

scrivere o telefonare a:

**IPSOA Servizio Clienti**

Casella postale 12055 - 20120 Milano  
telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799  
Servizio risposta automatica  
telefono (02) 82.476.999

### PUBBLICITÀ:

**db Consulting** s.r.l.  
EVENTS & ADVERTISING

db Consulting srl Events & Advertising  
via Leopoldo Gasparotto 168

21100 Varese

tel. 0332/282160

fax 0332/282483

e-mail: [info@db-consult.it](mailto:info@db-consult.it)

[www.db-consult.it](http://www.db-consult.it)

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 476

del 23 ottobre 1993

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione  
in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv.  
in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano  
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa  
con il n. 3353 vol. 34 Foglio 417 in data 31 luglio 1991  
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

### ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare: gennaio-  
dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di sottoscrizione, e  
si intendono rinnovati in assenza di disdetta da comuni-  
carsi entro 60 gg. prima della data di scadenza a mezzo  
raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia  
S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori 20090 Assago (MI).  
Servizio Clienti: tel. 02.824761 - e-mail: [servizio.clienti@wki.it](mailto:servizio.clienti@wki.it) - [www.ipsoa.it/servizioclienti](http://www.ipsoa.it/servizioclienti)

**ITALIA** - Abbonamento annuale: € 210,00

Abbonamento Rivista + codici legali: € 275,00

**ESTERO** - Abbonamento annuale: € 420,00

**MAGISTRATI e UDITORI GIUDIZIARI** - sconto del  
30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista,  
applicabile rivolgendosi alle Agenzie Ipsa di zona  
([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie)) o inviando l'ordine via posta  
a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Strada 1 Pal. F6, 20090  
Milanofiori Assago (MI) o via fax al n. 02-82476403  
o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al  
n. 02-82476794.

Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare  
fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante  
l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere  
**iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.**

### MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI  
S.r.l. Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milanofiori  
*oppure*

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile  
intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l.  
Indicare nella causale del versamento il titolo della  
rivista e l'anno di abbonamento

**Prezzo copia:** € 21,00

**Prezzo raccoglitore:** € 31,00

**Arretrati:** prezzo dell'anno in corso  
all'atto della richiesta

**Sono disponibili le annate arretrate rilegate  
al prezzo di € 210,00**

### DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico  
è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi  
e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74  
del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989  
e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio abbonato,

**Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. n. 30.6.2003 n. 196.** La informiamo  
che i Suoi dati sono conservati nel data base informatico del titolare  
del trattamento, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Responsabile del tratta-  
mento: Ufficio MID. L'elenco aggiornato di tutti i responsabili del  
trattamento potrà essere richiesto per iscritto all'Ufficio MID presso la  
sede della società. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società,  
da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi,  
titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale ammi-  
nistrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7  
del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare,  
cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi  
previsti, mediante comunicazione scritta a Wolters Kluwer Italia S.r.l.,  
Ufficio MID, Milanofiori, Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (Mi).

Diritto comunitario e diritto del lavoro

# Trattato di Lisbona e diritto del lavoro italiano: alla ricerca di un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele

di **Vincenzo de Michele** - *Avvocato*

Il Trattato di Lisbona è entrato in vigore il 1° dicembre 2009 e l'evento non può lasciare indifferenti gli interpreti nazionali, perché i principi costituzionali europei, contenuti nelle nuove regole comunitarie di rango primario, modificano, di fatto, la gerarchia delle fonti del diritto e costruiscono un nuovo sistema di tutele, dai contorni in via di definizione, ma sufficientemente chiari. L'incidenza del nuovo quadro di regole generali sovranazionali sul diritto del lavoro italiano è notevole, ma il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul cambiamento è ancora in embrione e, forse, non si è ancora avviato.

## Il Trattato di Lisbona e la tutela dei diritti sociali ed economici

Superate le resistenze (motivate, visti i *benefits* e le parziali deroghe ottenuti) di Irlanda, Polonia e, soprattutto, quelle del Presidente della Repubblica ceca, tutti i 27 Stati aderenti all'Unione europea hanno completato le procedure nazionali di ratifica del Trattato di Lisbona (1), che è entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Cosa cambia per la Repubblica italiana? Nulla, apparentemente, se si guarda al dibattito politico che ha preceduto l'entrata in vigore del nuovo sistema di norme primarie comunitarie. Nessuna resistenza al nuovo diritto sovranazionale, nessuna censura, nessuna richiesta di chiarimenti, nessuna verifica di compatibilità del Trattato con la nostra Carta fondamentale (2). Anzi. Con L. 2 agosto 2008, n. 130 (3) il Parlamento italiano, all'unanimità, ha ratificato il nuovo Trattato, che modifica il Trattato dell'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, sottoscritto a Lisbona il 13 dicembre 2007. Neanche la Costituzione offre spazi per un'applicazione mediata o con riserva delle regole comunitarie. Anzi. L'originario richiamo dell'art. 11 Cost. quale fondamento

delle limitazioni di sovranità nazionale necessarie per far operare le regole dell'Unione europea è stato rafforzato, specificato, sostanzialmente sostituito dall'art. 117 (4), comma 1, Cost., che limita l'esercizio della potestà legislativa da parte dello Stato e delle Regioni al rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, oltre che dagli obblighi internazionali. In Italia tutti d'accordo, dunque, nessun ostacolo all'immediata applicazione delle nuove regole comunitarie. Segno evidente, mi pare (*a contrario*), che dell'Europa ai giuristi italiani importi pochissimo o nulla, e che

### Note:

(1) Pubblicato su GUCE del 17 dicembre 2007, n. C 306/13

(2) Diversamente da quanto è successo, invece, in Germania, dove la Corte costituzionale tedesca di Karlsruhe con decisione del 30 giugno 2009 ha precisato è un'unione stretta di stati nazionali che restano sovrani, un'associazione che esercita la sua autorità pubblica in virtù di un trattato, il cui ordine fondamentale è tuttavia sottoposto solo alle determinazioni degli stati che vi aderiscono: v. F. Pocar, *La Corte costituzionale tedesca ingabbia un trattato che sconta previsioni incerte e difficili intese*, in *Guid. Lav.*, 2009, 35, 9 ss.

(3) In G.U. 8 agosto 2008, n. 185, Suppl. ord., n. 188.

(4) Articolo così sostituito dall'art. 2, L. cost. 18 febbraio 2001, n. 3, in G.U. 24 ottobre 2001, n. 248.

non vi siano state molte riflessioni (5) sull'impatto (positivo, negativo o neutro) che il Trattato di Lisbona può provocare sul disastroso sistema giuridico nazionale.

Ma quali sono le novità del nuovo Trattato? Sul piano della tutela dei diritti, nulla di nuovo o di non già scritto nelle carte europee. Il fulcro è nel nuovo art. 6 del Trattato, che riconosce che i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea hanno lo stesso valore giuridico dei trattati, per la cui interpretazione ed applicazione è la Carta stessa la fonte (comma 1), e che l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (comma 2), i cui diritti fondamentali, «risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.».

In realtà, è cambiato tutto, è iniziata una rivoluzione culturale e strutturale del nostro sistema costituzionale (e istituzionale), che stravolge la gerarchia delle fonti dell'ordinamento giuridico nazionale. Per fortuna (dell'Italia), ce ne siamo accorti (noi italiani) quando ormai il processo di costruzione e formazione di nuove regole, nel contempo interne e con garanzia applicativa sovranazionale, è diventato irreversibile.

### **La Carta di Nizza "assorbe" la Cedu e diventa la Costituzione europea dei diritti**

#### **La Cedu e il diritto nazionale**

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) (6) nasce in Europa, ma, fino al 1° dicembre 2009, non era documento ufficiale di diritto comunitario, aderendovi anche Stati europei che non facevano e non fanno ancora parte della CE (ora UE). Tuttavia, le regole della Convenzione hanno avuto un forte presidio applicativo nella Corte europea dei diritti dell'uomo, con sede a Strasburgo, e, in ogni caso, la stessa Corte di Giustizia delle Comunità europee in più decisioni si è ispirata ai principi fondamentali Cedu, operando un vero e proprio graduale recepimento nel diritto comunitario del testo della Convenzione, preparandone il formale assorbimento sul piano dei principi fondamentali, avvenuto con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. I giudici nazionali hanno tentato in diverse occasioni di dare la prevalenza alle norme contenute nella Cedu su quelle di diritto interno, nell'ambito del quale sarebbero state direttamente applicabili in forza di una limitazione che troverebbe fonamen-

to nell'art. 11 Cost. (e, con la riforma costituzionale del 2001, nel nuovo testo dell'art. 117, comma 1, Cost.). Addirittura, il Tribunale di Genova (7) ha disapplicato (8), per contrasto con l'art. 6 Cedu, la disciplina dell'art. 9, comma 21, 2° capoverso D.L. n. 510/1996 (9), che non consentiva al giudice di operare la conversione in contratto a tempo indeterminato del contratto di lavoro del dipendente dell'Ente poste italiane, al quale era stato illegittimamente apposto il termine in violazione della L. n. 230 del 1962.

#### **La Cedu e la Corte costituzionale**

Si trattava di una presa di posizione forte della giurisprudenza di merito, in aperto contrasto con la sentenza n. 419/2000 (10), con cui, all'esito di un giudizio incidentale di pregiudizialità durato ben quattro anni, la Corte costituzionale aveva dichiarato "eccezionalmente" legittima la norma, dopo aver chiesto ed ottenuto dall'avvocatura erariale la stima dell'impatto che la eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione di favore avrebbe provocato sul bilancio dell'allora Ente pubblico economico, facendo prevalere le presunte esigenze di contenimento della spesa pubblica di cui all'art. 81 Cost. Per il processo del lavoro e per la tutela dei diritti sociali, ma in generale per l'efficienza e l'immagine del sistema di giustizia nazionale, la decisione n. 419/2000 della Consulta è stata devastante e destrutturante, con una impressionante ricaduta esponenziale sul contenzioso, non solo sui contratti a tempo determinato di Poste italiane, per le seguenti ragioni.

Innanzitutto, per il disvalore implicito delle norme

#### **Nota:**

(5) Per un'analisi prima dell'entrata in vigore del Trattato, v. B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in *Il lavoro subordinato*, S. Sciarra e B. Caruso (a cura di), 2009, Torino, 707 ss.

(6) Firmata a Roma il 4 novembre 1950 (Testo coordinato con gli emendamenti di cui al Protocollo n. 11 firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994, entrato in vigore il 1° novembre 1998).

(7) Sentenza 4 giugno 2001, Est. Gelonesi, in *Foro it.*, 2001, 2653 ss.

(8) Per una disamina delle problematiche connesse alla disapplicazione di norme interne per contrasto con norme della Cedu, v. R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007; C. De Filippi, D. Bosi, R. Harvey, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Napoli, 2006.

(9) Convertito con modificazioni dalla L. n. 608/1996.

(10) Corte Cost. 13 ottobre 2000, n. 419, su questa *Rivista*, 2001, 33, con nota di G. Casadio, *Legittimità a tempo ed eccezionale dei contratti a termine nelle Poste Italiane s.p.a.*

costituzionali che erano state violate, con particolare riferimento al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 (ora anche art. 20 della Carta di Nizza) e all'art. 24 (ora anche art. 47 della Carta di Nizza, che ricalca il disposto dell'art. 6 Cedu) della nostra Costituzione nazionale; quest'ultima disposizione era stata addirittura rafforzata dal nuovo testo dell'art. 111 Cost., modificato nel 1999 (11) solo per "adeguare" la Carta fondamentale all'art. 6 Cedu, che detta disposizioni per il diritto ad un processo equo.

In secondo luogo e in conseguenza del deprezzamento sul piano interpretativo dell'efficacia dei presidi costituzionali, la violazione dell'obbligo di imparzialità e di terzietà del Giudice, affidando alla parte più forte e più irresponsabile degli abusi commessi - lo Stato - la valutazione delle possibili conseguenze economiche degli abusi, ingigantite ed ampliate non per limitarli e punirne i responsabili, ma per negare i diritti violati (12).

In terzo luogo, aspetto però prioritario delle infelici scelte di politica giudiziaria operate dal Giudice delle leggi interne nell'ultimo decennio, la Corte costituzionale, né Giudice né Legislatore (13) ma di fatto trasformatosi nel primo per operare come l'altro, ha costantemente svalutato il ruolo della Corte di Cassazione, avendo l'opportunità di intervenire quasi sempre, incidentalmente, in una fase del giudizio in cui la nomofilachia autentica delle norme nazionali non era stata ancora esercitata dal Giudice di legittimità o non si era ancora consolidata su un indirizzo costante e sufficientemente univoco. Il problema, naturalmente, si è posto e si continua a porre sul contenzioso "seriale" (14), che nasce inevitabilmente come conseguenza degli abusi di uno Stato irresponsabile sia nell'attività amministrativa che in quella imprenditoriale e proliferapacioso e confusionario in attesa di una "interpretazione" giurisprudenziale o, più spesso, di una norma interpretativa con efficacia retroattiva, che annulli i diritti per aver creato l'illusione ottica che, chi ha richiesto la tutela, ne approfitti abusando del processo.

### **La Carta di Nizza e la tutela "multilevel"**

La citata sentenza del Tribunale ligure è manifestazione tipica, in quel caso vana (perché non ha avuto alcun seguito nella successiva giurisprudenza sulla norma di favore), della necessità di ricorrere ad una tutela a "copertura" comunitaria o internazionale di situazioni di violazione dei diritti sociali, non essendo sufficiente la tutela assicurata dalle norme interne con un'interpretazione del quadro costitu-

zionale fortemente indebolita (fino all'annullamento dell'efficacia del precetto costituzionale) per risolvere problemi finanziari - presunti o effettivi - dello Stato.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (15) sviluppa i principi fondamentali enunciati nella Cedu e dalle due Carte sociali adottate dalla Comunità (16) e dal Consiglio d'Europa (17), ma, pur essendo considerata in tutti i sensi un documento comunitario, fino all'entrata in vigore dell'art. 6 del Trattato di Lisbona si è presentata carente sul piano della diretta effettività, in quanto non inserita nel testo del Trattato CE e non richiamata direttamente come fonte del diritto comunitario. Né era previsto uno specifico rimedio giurisdizionale in caso di violazione delle norme della Carta. Tuttavia, la Corte di Giustizia, pur affermando che la Carta non avesse ancora effetti giuridici vincolanti equiparabili a quelli del diritto primario, aveva costantemente ritenuto che essa forniva, quantomeno come fonte giuridica di riferimento, indicazioni sui diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario (18).

La giurisprudenza interna è apparsa orientata in più occasioni verso la diretta efficacia giuridica anche

#### **Note:**

(11) Con L. Cost. 23 novembre 1999, n. 2.

(12) Per un'analitica disamina degli orientamenti della Corte Costituzionale sul problematico rapporto tra diritti sociali ed equilibrio finanziario, v. M. D'Onghia, *La giustizia costituzionale in materia di previdenza sociale: diritti sociali ed equilibrio finanziario*, in *Giorn. rel. ind.*, 2000, 81 ss.

(13) M. Miscione, *I poteri della Corte Costituzionale*, su questa *Rivista*, 2008, 1195.

(14) Rimando alle riflessioni già proposte su questa *Rivista*, *Nuovamente alla Consulta il passaggio del personale ATA dagli Enti locali allo Stato*, 2008, 11, 1132, nonché *La tutela comunitaria e internazionale salverà il processo del lavoro italiano?*, 2009, 2, 148.

(15) Firmata a Nizza il 7 dicembre 2000 in occasione del Consiglio europeo dai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione CE.

(16) La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori è stata sottoscritta a Strasburgo il 9 dicembre 1989; sulla Carta v. S. Sciarra, *Diritti sociali. Riflessioni sulla carta europea dei diritti fondamentali*, in *Arg. dir. lav.*, 2001.

(17) La Carta sociale europea è stata approvata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 3 maggio 1996, e ratificata con legge 9 febbraio 1999, n. 30.

(18) V. sul punto Corte di Giustizia, sentenza 27 giugno 2006, causa C-540/03 Parlamento/Consiglio; sentenza 13 marzo 2007, causa "Unibet" C-432/05. Per una fondamentale e completa disamina del ruolo della Carta di Nizza nelle tecniche di argomentazione e attività interpretativa utilizzate dalla giurisprudenza, soprattutto della Corte di Giustizia, v. *Le Corti e la Carta di Nizza, Fundamental rights*, a cura di B. Caruso, M. Militello, F. Amici, V. Papa, E. Saccà, Dossier n. 12, 2009, su [www.europa.eu](http://www.europa.eu).



della Carta di Nizza (19), come era avvenuto per la Cedu. Tuttavia, l'effetto neutralizzante della tutela sovranazionale o internazionale all'interno del processo, costantemente operata dalla Corte costituzionale fino alle due sentenze nn. 348 e 349 del 2007 (20) e alla precaria introduzione del filtro del parametro intermedio dell'art. 6 Cedu sul giusto processo come interpretato dalla Corte di Strasburgo, non ha consentito che si consolidassero gli accessi giurisprudenziali interni, costringendo gli interpreti a chiedere la tutela effettiva dei diritti sociali ed economici nelle sedi giudiziarie sovranazionali, davanti alla Cedu a Strasburgo in via diretta, davanti alla Corte di Giustizia sul piano interpretativo quando la normativa interna rientrava nel campo di applicazione della disciplina comunitaria. La tutela multilivello, appunto, una vera e propria *abdication potestatis* dell'ordinamento nazionale, incapace di risolvere i gravissimi problemi della qualità e della durata dei processi civili (21), che consegnano l'immagine di un Paese in cui avvocati, magistrati e accademici (la Curia, insomma), pur essendo depositari di tradizioni giuridiche millenarie e fondative dei moderni ordinamenti nazionali e internazionali, non riescono a trovare soluzioni pratiche e normative all'inflazione di un abnorme contenzioso, con radici speculative (per rendite di posizione della difesa erariale) e immune da rimedi processuali virtuosi e da responsabilità contabili ed amministrative.

### **La Corte costituzionale e la Cedu: l'epilogo infelice del parametro intermedio**

Il 2009 è stato l'*annus horribilis* della giurisprudenza costituzionale sulla delicatissima questione istituzionale del già anomalo rapporto a compartimenti stagni (ordinamenti autonomi e coordinati, secondo la Consulta) tra diritto comunitario e diritto nazionale da un lato, normativa internazionale (Cedu) e normativa interna dall'altro. Con la sentenza n. 311 del 16-26 novembre 2009 (22) la Corte costituzionale chiude la stagione annuale dell'evidente sforzo di rendere impermeabile la normativa interna agli spazi di tutela assicurati dal diritto sopranazionale. La vicenda "risolta" dalla Consulta per la seconda volta è quella incredibile del trasferimento del personale Ata dagli Enti locali allo Stato, su cui si ha la controprova degli effetti distorsivi sull'ordinamento interno della sostanziale devoluzione alla tutela comunitaria e internazionale (23) della difesa dei diritti fondamentali civili, sociali ed economici, per il disorientamento che gli interpreti subiscono sul piano interpretativo.

Poco prima del deposito dell'ordinanza n. 22260/08

della Corte di Cassazione (24), sulla norma interpretativa che negava il diritto al riconoscimento dell'anzianità di servizio al personale dell'amministrazione scolastica trasferito dagli Enti locali allo Stato era stata sollevata questione di pregiudizialità comunitaria dal Tribunale di Milano (25) che, diversamente da quanto precisato nell'ordinanza "Senese" della Suprema Corte, aveva già considerato l'art. 6 Cedu e il diritto all'equo processo tutelato

#### **Note:**

(19) Cfr. R. Calvano, *La Corte d'appello di Roma applica la carta dei diritti UE. Diritto pretorio o jus comune europeo?*, in *Giur. it.*, 2002, 2238 ss.; M. Cartabia, A. Celotto, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, 4490 ss.; C. Carletti, *I diritti fondamentali e l'Unione europea e l'Unione europea tra Carta di Nizza e trattato-costituzione*, Milano, 2005; A. Celotto, *Giudici nazionali e carta di Nizza: disapplicazione o applicazione conforme?*, in *Giust. Amm.*, 2006, 329; G. Bronzini e V. Piccone, *La Corte del Lussemburgo «scopre» la carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela «multilevel» dei diritti fondamentali?*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 979; G. Bronzini e V. Piccone, *Le corti sopranazionali e il parlamento europeo insistono per l'«efficacia anticipata» della Carta di Nizza*, *ivi*, 2007, 319. App. Firenze (Pres. Pieri, Est. Amato) con sentenza del 3 aprile 2007 (su *R.I.D.L.*, n. 1, 2008, II, 106, con nota di P. Albi, *Il patrimonio costituzionale europeo e il diritto alle ferie come diritto fondamentale*), afferma che il riconoscimento da parte della Corte di Giustizia del valore non più soltanto assiologico e politico delle enunciazioni dei principi e dei diritti sociali individuali e collettivi della Carta di Nizza, giunge a conferire a questa un ruolo molto prossimo a fonte sovraordinata omologa a un testo costituzionale. V. anche S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT - 16/2003.

(20) In *Foro it.*, 2008, I, 40, con note di R. Rotondi, L. Cappuccio, *La Corte Costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione* e di F. Ghera, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale (ma non in quelli con il diritto comunitario)*. In dottrina, v. anche I. Carlotto, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, su [www.as-sociazionecostituzionalisti.it](http://www.as-sociazionecostituzionalisti.it); nonché E. Lamarque, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivanti dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, nella sezione seminari di [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

(21) Cfr. i dati forniti dalla Banca Mondiale nello studio *Doing business 2009*, elaborato per fornire indicazioni alle imprese sugli Stati in cui è più vantaggioso effettuare investimenti: l'Italia è ultima (la precede a molta distanza solo la Spagna al 54° posto) nel 2008 dei Paesi europei al 156° posto (era 155° nel 2007) su 181 (erano 178 i Paesi comparabili nel 2007), dopo Angola, Gabon, Guinea e São Tome, con tempi medi per processo civile di 1.210 giorni.

(22) Pres. Amirante, Est. Tesaurò.

(23) Cfr. V. De Michele, *La tutela comunitaria e internazionale salverà il processo del lavoro italiano?*, su questa *Rivista*, cit., 145.

(24) Cfr. V. De Michele, *Nuovamente alla Consulta il passaggio del personale ATA dagli Enti locali allo Stato*, su questa *Rivista*, cit.

(25) Est. Mascarello, ordinanza del 16 giugno 2008, pubblicata su G.U.C.E. n. C 236 del 13 settembre 2008, 9. La causa "Crocefissa Savia" è la n. C-287/08.

dalla Convenzione come principio generale di diritto comunitario, senza indicare peraltro alcuna disposizione di diritto comunitario “derivato” che fosse stata violata dalla regola interna, ad esempio in materia di trasferimento d’azienda (Direttiva 77/CE/187, modificata dalla direttiva 98/CE/50).

In buona sostanza, il giudice meneghino, qualche giorno prima della ratifica del Trattato di Lisbona da parte del Parlamento italiano, aveva chiesto alla Corte di Giustizia una applicazione orizzontale dei principi generali di diritto comunitario e, in particolare, del principio generale dell’equo processo, senza specificare se la situazione che aveva dato origine al rinvio pregiudiziale rientrasse nel campo di applicazione del diritto comunitario. Anomala la risposta della Corte di Giustizia, sia nell’individuazione del Presidente del Collegio a tre, nominato (26) contestualmente all’iscrizione a ruolo della domanda pregiudiziale, che nell’immediatezza della reazione “interpretativa”: in soli 20 giorni dalla pubblicazione dell’ordinanza di rinvio sulla Gazzetta ufficiale, la Corte europea con ordinanza del 3 ottobre 2008, emanata ai sensi dell’art. 92, n. 1 e 103, n. 1, del Regolamento di procedura, si è dichiarata manifestamente incompetente a pronunciarsi sulle questioni sollevate dal Giudice del lavoro di Milano. Invero, la pronuncia di incompetenza della Corte di Giustizia è in linea con la giurisprudenza del Giudice comunitario. Infatti, dal momento che una normativa nazionale entra nell’ambito di applicazione del diritto comunitario, la Corte di Lussemburgo, adita in via pregiudiziale, deve fornire tutti gli elementi di interpretazione necessari per la valutazione, da parte del giudice nazionale, della conformità di tale normativa con i diritti fondamentali di cui la Corte assicura il rispetto (27). Per contro, la Corte non ha competenza nei confronti di una normativa che non si collochi nell’ambito del diritto comunitario e qualora l’oggetto della controversia non presenti alcun elemento di collegamento con quest’ultimo: infatti la situazione delle ricorrenti nella causa principale e l’oggetto della legislazione italiana applicabile alle domande introdotte davanti al giudice del rinvio non ricadevano, di per sé, nella sfera di applicazione del diritto comunitario. Tuttavia, se il giudizio davanti alla Corte di Giustizia avesse seguito l’iter procedurale ordinario (osservazioni scritte e trattazione orale della causa pregiudiziale) e i suoi tempi, nel dialogo tra le Corti avrebbero potuto emergere elementi idonei a far ricomprendere la questione dell’ambito di applicazione del diritto comunitario, potendosi configurare la norma interna - l’art. 8 (28), commi 1 e 2, della L. 3 maggio 1999, n. 124 -

come “attuazione” della direttiva 91/533/CE (29) e del correlato obbligo del datore di lavoro pubblico di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto di lavoro.

Troppo frettolosa è stata la decisione della Corte di Giustizia, inusualmente (ma conforme ai costumi nazionali) non collaborativa con il Giudice nazionale del rinvio, e ha trovato una perfetta sponda “ideologica” nella sentenza n. 311/2009 della Corte costituzionale, che dichiara ancora una volta (30) infondata la questione sollevata dalla Cassazione con l’ordinanza n. 22260/2008. Ma la risposta del Giudice comunitario interno è stata immediata, con una articolata e ben motivata ordinanza di pregiudizialità comunitaria del Tribunale di Venezia (v. *infra*).

A pochissimi giorni di distanza dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona (e, al momento della discussione della causa, vi era la certezza della sua entrata in vigore al 1° dicembre 2009), la Corte costituzionale continua a considerare l’art. 6 Cedu come norma pattizia e non come principio generale di diritto comunitario, tacendo in modo assordante e clamoroso sul “cambio di qualifica” del parametro intermedio in parametro comunitario. Non interes-

#### Note:

(26) L’italiano A. Tizzano, attuale Presidente della I Sezione della Corte di Giustizia, già Avvocato generale presso la Corte di Lussemburgo.

(27) V. sentenza 29 maggio 1997, causa C-299/95, Kremzow; ordinanza 6 ottobre 2005, causa C-328/04, Vajnai.

(28) Rubricato, per l’appunto, “trasferimento di personale ata degli enti locali alle dipendenze dello Stato”. La norma precisa in modo chiaro che a detto personale vengono riconosciuti ai fini giuridici ed economici l’anzianità maturata presso l’ente locale di provenienza. È stata interpretata in modo completamente diverso dall’art. 1, comma 218, della legge finanziaria n. 266/2005, che ha stravolto il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità del 2005.

(29) V. sulla Direttiva 91/533/CE D. Casale, *La Direttiva 91/533/CEE sull’obbligo del datore di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto di lavoro e la prova del contratto*, in *Diritto comunitario del lavoro*, a cura di F. Carinci e A. Pizzoferrato, Torino, 2009, in corso di pubblicazione. Lo spunto sull’applicazione “estesa” della Direttiva sociale 533/91/CE, che lo scrivente condivide, è di Paolo Coppola, Giudice del lavoro presso il Tribunale di Rossano.

(30) Il precedente giudizio di legittimità costituzionale si era concluso con la sentenza n. 234 del 26 giugno 2007 (Est. Quaranta). La Consulta aveva incredibilmente sottolineato che le citate univoche pronunzie della Sezione lavoro della Suprema Corte sull’interpretazione dell’art. 8, L. n. 124/1999 non costituivano un’orientamento interpretativo nomofilaco e di “diritto vivente” sul riconoscimento dell’anzianità di servizio conseguente al passaggio dall’amministrazione locale a quella statale, perché.... in contrasto con l’accordo Aran del 20 luglio 2000, cui le parti sociali stesse, “interrogate” dal Tribunale di Milano, avevano dato solo il valore di un inquadramento provvisorio del personale, specificando che non intendevano derogare alla norma di legge.



sa il merito della soluzione adottata dalla Consulta, la analitica ma superflua analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, né la inopportuna e tardiva (rispetto alla precedente sentenza n. 234/2007) spiegazione, secondo cui la giurisprudenza di legittimità, univoca in favore dei lavoratori, non poteva costituire “diritto vivente” perché le sentenze avevano seguito due orientamenti interpretativi, con motivazioni comunque concordi nel riconoscere il diritto alla tutela.

Quello che è inaccettabile, sul piano etico prima che giuridico, e foriero di gravi conseguenze sul piano dell'alterazione del ruolo di imparzialità e terzietà del Giudice per *factum principis* è la ingiustificata rendita di posizione processuale dell'Avvocatura dello Stato (31), su un contenzioso “seriale” relativo a 80.000 posizioni lavorative di personale Ata transitato dagli enti locali allo Stato solo sotto il profilo giuridico, non fattuale per attività svolte e per strutture scolastiche in cui hanno lavorato e lavorano.

Il Trattato di Lisbona, l'art. 6 Cedu e, soprattutto, l'art. 47 della Carta di Nizza, ora norma di diritto primario, possono cambiare questo processo “indecente” (non solo ingiusto) e trasformarlo in un'occasione di tutela effettiva dei diritti. Sulla vicenda, infatti, potrà continuarsi a chiedere la tutela “multi-level” alla Corte di Strasburgo. Tuttavia, i Giudici nazionali, in questo nuovo quadro delle norme primarie e dei principi fondamentali di diritto comunitario, potrebbero anche trovare lo stimolo e individuare le necessità di dignità e di impegno civico che i diritti negati pretendono, per risolvere da soli i problemi interpretativi e di confusione nel rapporto tra fonti, che la Corte costituzionale ha provocato e aggravato. Scientemente, perché, come autorevolmente rilevato dal prof. Suppiej (32) su altra vicenda di incredibile proliferazione del contenzioso seriale dello Stato (33), la Consulta non ha fatto confusione perché priva di specialisti, ma ha operato una scelta di politica legislativa, che costituisce un freno ingiustificato e incomprensibile al processo di integrazione dell'Italia nell'Unione di Stati, che faticosamente riprende a costruirsi.

In realtà, l'apparente varco della tutela dei diritti contro gli abusi dello Stato attraverso gli strumenti dello *ius peregrinus*, apertosi con la stagione del parametro intermedio della Cedu, si era già chiuso immediatamente nelle mura di Palazzo Giustiniani, ben prima della sentenza n. 311/2009. Già con la sentenza 30 aprile 2008, n. 129 (34) il Giudice delle leggi ha ridimensionato il parametro intermedio della Cedu e delle sentenze della Corte di Strasburgo, negando ad un cittadino italiano il diritto alla

revisione del processo penale di condanna, sulla base di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che di quel processo aveva dichiarato l'assenza di equità. In senso opposto, la Corte di legittimità (35) nella sentenza “Dorigo” (di cui il Giudice delle leggi non tiene conto nella decisione n. 129/2008) ha affermato l'ineseguibilità del giudicato dichiarato iniquo dalla Corte europea e della natura vincolante e precettiva per l'ordinamento interno delle norme della Convenzione Cedu e delle sentenze della competente Corte internazionale.

### **Il Trattato di Lisbona e la Corte costituzionale italiana: due separati in Casa (comunitaria)**

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non si assiste soltanto all'epilogo del parametro intermedio, con riferimento quantomeno alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le cui norme, abbondantemente richiamate e trasfuse nella Carta di Nizza, sono ormai principi fondamentali di diritto comunitario.

Flick (36), penultimo Presidente della Corte costituzionale, il 19 ottobre 2009 commenta con qualche preoccupazione la sentenza del 30 giugno 2009 della Corte costituzionale tedesca e dei controlimiti indicati dalla Corte di Karlsruhe, perché potrebbe creare dei rallentamenti al percorso di integrazione europea. Sottolinea, invece, che la Corte costituziona-

#### **Note:**

(31) Che ha diritto di criticare le decisioni sfavorevoli della Corte di legittimità, come fa C. Gerardis, *Brevi note in tema di trasferimento allo Stato del personale Ata degli enti locali*, in *Giust. civ.*, 2006, 3, 538, ma non certamente per legittimare norme interpretative che costruiscono posizioni di ingiustificato favore per la difesa erariale.

(32) G. Suppiej, *Proliferazione dei contratti a termine e controllo sindacale dei licenziamenti individuali*, in questa *Rivista*, 2010, 6.

(33) E di ancora più cospicua entità della rendita di posizione per la difesa erariale esterna.

(34) Pubblicata in *Foro it.*, 2009, I, 103, con nota di G. Armone; commentata, inoltre, da V. Sciarabba, *Il problema dell'intangibilità del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e...legislatore?*, sul *Forum dei Quaderni costituzionali*; C. Ciuffetti, *Prime osservazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 129 del 2008*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); C. Campanelli, *La sentenza n. 129/08 e il valore delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo: dalla ragionevole durata alla ragionevole revisione del processo*, su *Foro it.*, 2009, 621.

(35) Cass., Sez. I pen., sentenza 1° dicembre 2006 - 25 gennaio 2007, n. 2800, in *Foro it.*, 2007, II, 278.

(36) G.M. Flick, *A proposito della sentenza del Bundesverfassungsgericht: un bicchiere mezzo vuoto o mezzo pieno?* Intervento al Seminario di studio su “La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Trattato di Lisbona” del 19 ottobre 2009, Palazzo della Consulta, su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

le italiana avrebbe superato la propria posizione tradizionale di “separatezza” con il diritto comunitario, «adottando la linea “europea” del ricorso alla Corte di Giustizia, in via pregiudiziale», come Giudice di ultima istanza. Il riferimento è alle considerazioni finali dello stesso Flick: «... la Corte - chiamata a decidere su una questione di legittimità costituzionale proposta in via principale - ha ritenuto...., ai sensi dell’art. 234 del Trattato CE, di disporre per la prima volta (con la separata ordinanza n. 103) il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia CE di alcune questioni relative all’interpretazione di norme del Trattato: e ciò “al fine di evitare - ha puntualizzato la Corte - il pericolo di contrasti ermeneutici tra la giurisdizione comunitaria e quella costituzionale nazionale, che non giovano alla certezza e all’uniforme applicazione del diritto comunitario”. Come, dunque, la potestà legislativa statale e regionale deve conformarsi ai “vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario”, a norma dell’art. 117, primo comma, della Costituzione, così il “giudice” della interpretazione del Trattato CE finisce per assumere un ruolo di “nomofilachia esclusiva” anche rispetto alla Corte costituzionale. Quest’ultima, infatti, è chiamata a sospendere la *quaestio* di legittimità costituzionale che le viene devoluta, ove essa coinvolga tematiche che impongano l’attivazione della cosiddetta pregiudiziale comunitaria» (37).

Le autorevoli riflessioni dell’ex Presidente della Consulta contrastano in maniera evidente con le decisioni della Corte costituzionale nel corso di tutto il 2009, in cui il Giudice delle leggi ha sistematicamente ignorato o alterato il dialogo con la Corte di Giustizia o il rapporto tra diritto comunitario, diritto costituzionale e disciplina interna.

### **I limiti oggettivi del giudizio di costituzionalità in presenza di norme comunitarie**

Il problema del rapporto tra normativa comunitaria e disciplina interna sottoposta al vaglio di costituzionalità, dopo un lungo percorso interpretativo della Corte costituzionale, era ormai limitato alle direttive comunitarie che non producono effetti diretti. Secondo il teorema Tesauro (38), infatti, la questione di legittimità costituzionale di una norma interna contrastante con una norma comunitaria «dovrebbe essere limitata all’ipotesi del contrasto tra norma interna e norma comunitaria non produttiva di effetti diretti, vuoi perché priva delle caratteristiche di precisione, chiarezza e carattere incondizionato alle quali quegli effetti sono subordinati, vuoi perché destinata a regolare rapporti “orizzontali”». In conse-

guenza, «qualora la norma comunitaria in questione non sia dotata di efficacia diretta, trattandosi comunque di una situazione normativa non conforme agli obblighi comunitari e dunque riconducibile nell’alveo della disposizione costituzionale prima citata, l’antinomia deve essere comunque risolta e non può che trovare compimento secondo le regole generali del nostro ordinamento, vale a dire con il necessario intervento della Corte costituzionale» (39). I limiti oggettivi di questo fragile teorema sono quelli denunciati da Flick, e che attengono al ruolo della Corte costituzionale che, nel momento in cui è costretta ad operare come filtro interpretativo e applicativo nel complesso rapporto tra disciplina comunitaria, norme costituzionali e regole interne, diventa Giudice della causa e dei diritti o interessi dedotti nel singolo giudizio, invadendo sia la nomofilachia comunitaria (affidata in via esclusiva alla Corte di Giustizia) sia la nomofilachia interna (affidata alla Corte di Cassazione), con risultati disastrosi sul piano della soluzione dei problemi interpretativi e dell’equilibrio dell’intero sistema giudiziario nazionale, che crolla quando la gerarchia delle fonti del diritto viene deformata in eccesso (quando ci sia un automatico rinvio alla disciplina comunitaria di diretta applicazione o come eventualmente già interpretata dalla Corte di Lussemburgo (40)) o in difetto (quando si sia negato ogni effettivo confronto con la normativa comunitaria, sia quando i giudici e le parti l’hanno espressamente richiamata come parametro di valutazione (41) sia quando la questione rientrava nel campo di applicazione della normativa

#### **Note:**

(37) Considerazioni finali sulla Giurisprudenza costituzionale del 2008, Roma, 28 gennaio 2009, 6-7, su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

(38) G. Tesauro, *Diritto comunitario*, V ed., Padova, 2008, 207 ss., ma già in *Diritto comunitario e giudici nazionali*, in *Convivenza nella libertà: scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 1999, 1342.

(39) R. Mastroianni, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Dir. U.E.*, 2007, 3, 589.

(40) Cfr., Corte costituzionale, ordinanza n. 252/2006.

(41) Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 214/2009, con commento di V. De Michele, *La sentenza Houdini della Corte Costituzionale sul contratto a tempo determinato*, in questa *Rivista*, 10, 2009, 1005 ss. La registrazione audiovisiva dell’udienza pubblica del 23 giugno 2009 (scaricabile integralmente dall’eccellente sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)), nel corso della quale si sono discusse le questioni di legittimità costituzionale sugli artt. 1, 2, comma 1 *bis*, e 4 *bis*, D.Lgs. n. 368/2001, attesta che al Giudice delle leggi è stato richiesto, anche nelle memorie scritte, che si facesse riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla disciplina del contratto a termine. Nella abulica sentenza non vi è traccia alcuna né di queste riflessioni né delle decisioni della Corte di Lussemburgo.

comunitaria, ma nessuno ha segnalato alla Corte costituzionale, che d'ufficio si guarda bene dal prendere in esame "complicazioni" interpretative ignorate dalle parti ma necessarie ai fini della decisione (42)) da un soggetto terzo - la Consulta - che non è Giudice né interno "comunitario" (perché il Giudice nazionale è Giudice comunitario) né sovranazionale, con un ruolo ormai non più definibile ed esattamente regolabile di fronte ad un nuovo quadro istituzionale e di rapporti tra regole interne ed esterne (ma non estranee) all'ordinamento costituzionale interno, con l'ulteriore complicazione del nuovo (43) testo dell'art. 117 Cost. e della necessità che lo Stato italiano e il legislatore interno (sia statale che regionale) rispetti tenga conto in maniera pregnante e diretta gli obblighi comunitari e internazionali, secondo la previsione del primo comma, sostanzialmente ignorata dal Giudice delle leggi che lo considera, in fondo, una esplicitazione dell'art. 11 Cost. Con la incredibile vicenda delle questioni di legittimità costituzionale concernenti la disciplina interna del contratto a tempo determinato sia nel privato con la sentenza "Houdini" (44) sia nell'impiego pubblico negando legittimità al necessario processo di stabilizzazione del precariato dei dirigenti regionali non apicali (45), appare giunto al punto più critico lo stesso ruolo della Corte costituzionale nell'orientarsi in situazioni di contrasto di norme interne rispetto alla disciplina comunitaria.

La reazione dei Giudici comunitari interni è stata immediata e demolitiva della nefanda scelta della Consulta di negare il confronto con la normativa comunitaria.

Sull'art. 2, comma 1 bis, D.Lgs. n. 368/2001, l'ennesima norma in favore degli abusi di Stato dichiarata legittima dalla Corte costituzionale, è arrivata la sarcastica e durissima, e, nel contempo, poetica (46) risposta del Tribunale di Siena (47), che registra analiticamente la svolta nella giurisprudenza della Corte di Giustizia sul campo di applicazione della Direttiva 1999/70/CE (anche al primo e unico contratto a tempo determinato) dal grande pasticcio di Tizzano nella Mangold al recupero sistematico della Kokott nella Adeneler, nella Impact, infine nella Kyriaki Angelidaki (48): «La lettura dei principi comunitari come limitata alla prevenzione dell'abuso nella successione contrattuale ricorda l'immagine di un ricercatore al microscopio, sembrando invece miglior strumento il telescopio per la individuazione di principi fondanti di non discriminazione, ed è ulteriormente viziata nella scelta dello strumento di osservazione la lettura del caso concreto. Nel quale l'abuso nella successione è ricercato, al fine di tenta-

re di escludere aprioristicamente la possibilità stessa del risultato, nel singolo caso, laddove invece è il macrofenomeno economico, la grandiosa girandola della utilizzazione del lavoro precario, nella non modesta percentuale del 15% in un ambito imprenditoriale di decine e decine di migliaia di dipendenti, a svelare anche nella utilizzazione del singolo, isolato rapporto di lavoro a termine l'indiretto abuso. L'abuso nella successione dei contratti a termine bene può essere rivelato non solo dal punto di vista del singolo lavoratore, ma da quello della globale utilizzazione del lavoro precario in ambito aziendale. Nel medesimo stabile posto di lavoro, nella medesima ordinaria mansione, per dodici mesi su dodici all'anno, tanto è abusivo utilizzare in successione temporizzata un medesimo lavoratore, quanto farvi ruotare lavoratori diversi con singoli contratti. In entrambi i casi abbiamo un sostanziale fenomeno di successione di rapporti».

E tuttavia, il momento di rottura con il sistema di

### Note:

(42) È il caso eclatante del processo di stabilizzazione dei dirigenti pubblici regionali, risolto dalla Corte costituzionale con la consueta declaratoria di illegittimità costituzionale, per violazione del *sancta sanctorum* del concorso pubblico ex art. 97, comma 3, Cost., con le due sentenze n. 215/2009 (su questa *Rivista*, 2009, 12, 1217 ss., con commento critico di C. de Martino, *La Consulta dichiara illegittima la stabilizzazione dei dirigenti del servizio sanitario nazionale*) e n. 293/2009.

(43) Relativamente "nuovo", dal momento che è stato introdotto con la legge costituzionale n. 3/2001, ed è in vigore da otto anni.

(44) Sulla sentenza n. 214/2009 della Corte costituzionale v. L. Menghini, *Direttive sociali e clausole di non regresso: il variabile del diritto comunitario nelle decisioni delle Corti superiori*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, 345 ss.; la nota di A. Vallebona, su *Mass. giur. lav.*, 2009, 653; T. Vettor, *Il lavoro a termine nella sentenza della Corte costituzionale n. 214 del 2009*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 4-5, 1041 ss.; S. Galleano, *Corte costituzionale 214/2009: luci (qualcuna) e ombre (molte) di una sentenza fatta male*, su [www.studiogalleano.it](http://www.studiogalleano.it); V. Angiolini e A. Andreoni, *Lavoro a termine, processi pendenti e Corte Costituzionale. A proposito della sentenza n. 214/09*, su [www.cgil.it/giuridico](http://www.cgil.it/giuridico); F. Marinelli, *La Corte costituzionale si pronuncia sulla norma "antiprecari". Brevi note a margine di una sentenza in equilibrio fra detto e non detto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 4, 880 ss.

(45) V. nota 45.

(46) «Anche per questo, in una logica di parità di trattamento, non discriminatoria tra lavoratori, che si alzano stanchi alla stessa ora, lavorano l'uno accanto all'altra nelle medesime mansioni, e alla stessa ora stanchi se ne tornano a casa, facendo gli stessi passi, insomma lavoratori "comparabili"».

(47) Trib. Siena (Est. Cammarosano), sentenza 23 novembre 2009, su [www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza](http://www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza).

(48) V. M. Miscione, *La Corte di Giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, 2009, 437; A.M. Perrino, *I principi di diritto comunitario e le piroette del legislatore italiano*, in *Foro it.*, 2009, IV, 496 ss.; M. Delfino e P. Saracini, *Lavoro a termine e clausola di non regresso tra incertezze, conferme e passi avanti*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2009, 2, 404 ss.

garanzie istituzionali della sostanziale intangibilità dell'ordinamento interno alle influenze di fonti sovranazionali (49), non è rappresentato soltanto dalla soluzione del Giudice senese di disapplicare per contrasto con il diritto comunitario una norma dichiarata legittima dalla Corte costituzionale, che potrebbe sembrare (ma non lo è) tipica espressione di una (riscoperta) funzione creativa della giurisprudenza nell'interpretazione delle norme interne. Sul piano del nuovo sistema di gerarchia delle fonti, invece, il Tribunale toscano si muove su un piano ordinario, non creativo ma applicativo di principi e di regole, che già operano nell'ordinamento interno anche attraverso la interpretazione comunitaria della Direttiva da recepire e della normativa di (pessimo) recepimento. Il piano ordinario è la soluzione del processo, della singola controversia. La frattura, il rimedio *extra ordinem*, la denuncia della inadeguatezza delle risposte della Corte costituzionale e degli strumenti ordinari di regolazione dei conflitti tra norme di diverso grado e di differente livello interviene con due recentissime ordinanze di pregiudizialità comunitaria ex art. 234 Trattato. Sempre sulla disciplina più "sensibile" dei diritti sociali, quella che regola i rapporti di lavoro a tempo definito, sia alle dipendenze del datore di lavoro privato che nelle pubbliche amministrazioni.

**La frattura nel sistema delle fonti:  
le ordinanze di pregiudizialità comunitaria  
sui contratti a tempo determinato  
e sul personale Ata**

Con la pregevole ordinanza del 23-25 novembre 2009 il solito Tribunale di Trani (50) ha sollevato la seconda questione di pregiudizialità comunitaria "interna" (51) sull'art. 2, comma 1 *bis*, D.Lgs. n. 368/2001. Dichiaratamente in contrasto con l'interpretazione della sentenza "Houdini" sulla norma in favore di Poste italiane, il Giudice comunitario rimettente chiede alla Corte di Giustizia, cui è deputata in via esclusiva la nomofilachia autentica delle norme comunitarie, di accertare il (già rilevato) contrasto della regola interna abusiva non solo con la Direttiva 1999/70/CE (clausola di non regresso in rapporto alle precedenti misure "equivalenti" antiabusive, nozione di contratto a tempo determinato e violazione dei principi di uguaglianza e non discriminazione) ma anche per abuso di posizione dominante. Poiché la risposta della Corte di Giustizia avrà necessariamente una valenza generale e influirà su decine di migliaia di situazioni sostanziali e processuali, il Tribunale di Trani con istanza del 7 dicembre 2009 (52) ha chiesto alla Corte di Lussemburgo che la

questione di pregiudizialità sia trattata con giudizio accelerato, ai sensi dell'art. 104-*bis* del Regolamento di procedura. Se l'istanza dovesse essere accolta, le questioni di pregiudizialità comunitaria sarebbero risolte entro pochi mesi con importanti conseguenze sull'imponente contenzioso "seriale" dei contratti a tempo determinato stipulati dallo Stato-imprenditore dal 2006 ad oggi invocando la norma "a-causale" creata *ad hoc* per precarizzare i rapporti a termine, anche perché il Giudice rimettente ha chiesto alla Corte anche di chiarire la portata dei suoi poteri, cioè se possa disapplicare o non applicare in orizzontale tra "privati" la norma interna.

In combinato disposto con l'ordinanza del Tribunale di Trani del 25 novembre 2009, già trasmessa a mezzo fax alla Corte di Giustizia (53), con la complessa e importantissima ordinanza del 14 dicembre 2009 il solito Tribunale di Rossano (54) ha sollevato la terza questione di pregiudizialità comunitaria (55) sull'art.

**Note:**

(49) V. L. Galantino, *Le fonti extralegislative nell'esperienza giurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 447 ss.

(50) Est. La Notte Chirone, causa *Vino c/ Poste italiane* C-20/2010, su [www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza](http://www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza).

(51) Lo stesso Giudice con ordinanza del 9 giugno 2008 nella causa C-98/09 "Sorge" ha sollevato questione di pregiudizialità comunitaria sull'art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 368/2001, su questa *Rivista*, 2008, 705, con nota di V. De Michele, *Questioni di pregiudizialità comunitaria e costituzionale sul contratto a termine*.

(52) Su [www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza](http://www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza).

(53) Che differenza rispetto ai giudizi interni, anche in termini di rapporti "diretti" con le Corti superiori! Semplificazione delle regole processuali, un solo numero di ruolo per individuare la causa e i provvedimenti sia interinali che definitivi successivi, massima pubblicità sul sito istituzionale dei dati più significativi dei procedimenti di pregiudizialità, comprese le sentenze tutte pubblicate per esteso, contestualmente al deposito e in tutte le lingue dell'Unione. La Corte di Giustizia è, sulle questioni di pregiudizialità, *primus inter pares*, una Corte che fonda la sua autorevolezza sui principi generali di cui interpreta la portata e l'efficacia, senza vincolare il Giudice comunitario interno alla decisione sulla controversia.

(54) Est. Coppola, causa *Affatato c/ ASL Cosenza* C-3/2010, su [www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza](http://www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza). Si tratta dello stesso Estensore prima dell'ordinanza di legittimità costituzionale del 17 maggio 2004, in *Riv. giur. lav.*, 2005, II, 85, con nota di A. Andreoni, *La nuova disciplina sul lavoro a tempo determinato davanti alla Corte Costituzionale (a proposito della clausola di non regresso)*; in questa *Rivista*, 5, 2005, 472, con nota di P. Nodari, *Diritto di precedenza e costituzionalità della nuova normativa sul termine*, rimandata al mittente dalla Corte costituzionale con l'incerta ordinanza n. 252/2006, poi di identica (rispetto alla precedente) ordinanza del 16 gennaio 2007, incredibilmente decisa dalla Consulta con la sentenza n. 44/2008 (su questa *Rivista*, 2008, 4, 367 ss., con nota di V. De Michele, *Improvvisa decisione della Consulta: i prevedibili effetti negativi sul contratto a termine*).

(55) Le due precedenti ordinanze del Tribunale di Genova sono state decise dalla Corte di Giustizia, II Sezione, con le sentenze del 7 settembre 2006 nelle cause C-53/04 (Marrosu-Sardino) e C-180/04 (Vassallo).



36, comma 5, D.Lgs. n. 165/2001, rilevando l'inadeguatezza dell'intero sistema di tutele antiabusive e la stessa coerenza interna, sul piano della qualificazione del rapporto e della sua tutela sostanziale e processuale, delle diverse discipline del precariato pubblico (lavoratori socialmente utili, comparto Scuola, aziende sanitarie, dipendenti a termine Poste come impresa pubblica). Dichiaratamente in contrasto con l'interpretazione della Corte costituzionale (56) preclusiva della conversione in contratto a termine in relazione al solito divieto dell'art. 97, comma 3 (prima parte, quella sul concorso pubblico necessitato in via ordinaria), Cost., il Giudice comunitario rimettente chiede alla Corte di Giustizia di accertare il (già rilevato) contrasto delle regole interne abusive che impediscono ogni effettività di tutela, rispetto ai dipendenti privati. Poiché la risposta della Corte di Giustizia avrà necessariamente una valenza generale e influirà, anche in questo caso, su decine di migliaia di situazioni sostanziali e processuali, il Tribunale di Rossano con istanza del 21 dicembre 2009 (57) si è associato alla necessità - rilevata dal Tribunale di Trani seppure in un settore specifico della disciplina - di evidenziare lo stato di crisi e di frammentarietà della intera normativa sul contratto a tempo determinato alle dipendenze della pubblica amministrazione, chiedendo alla Corte di Lussemburgo di risolvere i quesiti interpretativi con giudizio accelerato, non senza sottolineare che, complessivamente e specificamente, l'art. 36, D.Lgs. n. 165/2001 è sanzione del tutto inidonea a sanzionare gli abusi: sul punto, l'ordinanza di pregiudizialità comunitaria è una vera risposta (negativa) al sofferto tentativo della Corte di Giustizia di rappresentare una compatibilità *prima facie* della normativa comunitaria con la presunta norma "sanzionatoria" dell'ordinamento nazionale (58).

I due fondamentali provvedimenti dei Tribunali di Trani e di Rossano presuppongono (e sanciscono) il superamento logico-giuridico e istituzionale del giudizio di legittimità costituzionale "nazionale" nell'ambito di applicazione della normativa comunitaria, anzi contestano motivamente e condivisibilmente l'idoneità della Corte costituzionale a risolvere il conflitto tra norme di diverso rango, proprio quando le soluzioni interpretative sono già state fornite dalla Consulta e si sono rivelate del tutto inadeguate o profondamente ingiuste. Le ordinanze di pregiudizialità comunitaria, pur inserendosi nel singolo caso giudiziale, hanno legittimamente la pretesa - perché il rapporto è alla pari tra Giudice comunitario interno e Corte della nomofilachia comunitaria - di chiedere chiarimenti nell'interesse generale e con modalità di processo accelerato, in conside-

razione della caoticità della situazione interpretativa e della criticità strutturale di importanti discipline di settore, che riguardano centinaia di migliaia di posti di lavoro precari, che potrebbero stabilizzarsi. Soprattutto, inizia il passaggio epocale da una tutela *multilevel* dei diritti sociali ad una tutela interna "rafforzata" dalla garanzia che la Corte di Giustizia assicuri l'omogenea e forte applicazione dei principi e delle regole generali della carta costituzionale europea.

Infine, con la splendida ordinanza di pregiudizialità comunitaria del 4 gennaio 2010 (59) il Tribunale di Venezia (Est. Bortolaso) ha opportunamente riaperto la ferita infetta provocata dall'art. 1, comma 218, della L. n. 266/2005 sulla citata questione regolamentazione giuridica ed economica del passaggio del personale Ata dagli Enti locali allo Stato, norma inopportuna dichiarata legittima dalle due sentenze della Corte costituzionale n. 234/2007 e n. 311/2009, nonché dall'ordinanza n. 212/2008 della stessa Consulta (60). Sono molto importanti e illuminanti, per comprendere le tensioni e i contrasti provocati nell'ordinamento interno dal nuovo sistema delle fonti che si va formando, i riferimenti fatti dal Giudice comunitario veneziano alla normativa europea in materia di trasferimento d'azienda (in motivato contrasto, peraltro, con il cambio di orientamento operato dalla Cassazione subito dopo la prima sentenza della Corte costituzionale n. 234/2007, in guisa da provocare la reazione dell'ordinanza "Senese" n. 22260/2008 della Suprema Corte) e ai «i principi generali del vigente diritto comunitario della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, ad un tribunale indipendente e, più in generale, ad un equo processo, garantiti dall'art. 6, n. 2, del Trattato sull'Unione Europea (così come modificato dall'art. 1.8 del trattato di Lisbona e al quale fa rinvio l'art. 46 del trattato sull'Unione) - in combinato disposto

### Note:

(56) Richiamate specificamente e molto criticamente la sentenza n. 89/2003 della Consulta e quelle più recenti n. 215/2009 e n. 293/2009, citate.

(57) Su [www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza](http://www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza).

(58) V. per gli ulteriori riferimenti, R. Irmici, *Il precariato pubblico tra divieto della tutela costitutiva, risarcimento del danno e stabilizzazione*, in questa Rivista, 2010, *infra*, 169; A. Ciriello, *L'illegitimità stipula di contratti a tempo indeterminato nel lavoro pubblico, una vicenda infinita?*, in *Giur. merito*, 2009, 12, 2979.

(59) Su [www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza](http://www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza).

(60) Su questione sollevata, in relazione agli artt. 3, 101, 102 e 104 della Costituzione, dallo stesso Tribunale di Venezia (Est. Bortolaso) con ordinanza del 4 aprile 2006.



con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e con gli artt. 46, 47 e 52, n. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, come recepiti dal Trattato di Lisbona».

Il ruolo della Corte costituzionale esce fortemente ridimensionato nel giudizio negativo espresso sul piano interpretativo nei confronti della giurisprudenza della Consulta, di fronte alla Corte di Giustizia, dalle tre ordinanze di pregiudizialità comunitaria. Ma era necessario, perché rafforza l'immagine del nostro Paese e ne limita il discredito nel prestigio e nella (in)capacità di risolvere i gravi problemi giudiziari e di proliferazione del contenzioso "seriale": dimostra, infatti, che lo Stato (il Giudice nazionale) è reattivo ed è in grado di intervenire per frenare gli abusi dello Stato (Stato-amministrazione e/o Stato-imprenditore) sui diritti sociali ed economici, senza ricorrere alla tutela *multilevel* della Corte di Strasburgo. Con l'ausilio, ove occorra, di un altro Giudice comunitario, anzi del Giudice della Comunità di Stati, la Corte di Giustizia, ma dimostrando - tutti e tre i Giudici nazionali rimettenti - grande maturità nelle riflessioni ricognitive del complesso rapporto tra normativa comunitaria e disciplina interna.

### **Trattato di Lisbona e i poteri del giudice nazionale**

#### ***La Corte di Giustizia completa il sistema costituzionale europeo***

Nel nuovo sistema costituzionale europeo che si va delineando dopo la silenziosa entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Corte di Giustizia non è né Corte costituzionale europea (61) né Giudice di ultima istanza (62) per la definizione del contenzioso nazionale, ma contribuisce a creare un diritto pretorio interno e comunitario orientato e bilanciato dai principi della Carta dei diritti, giuridificati e resi vincolanti. La recentissima sentenza della Grande Sezione (63) è la rappresentazione perfetta del nuovo quadro costituzionale europeo e della eccellente capacità della Corte di Lussemburgo di scegliere tempi e modalità per rafforzare i poteri (o di doveri (64)) dei giudici nazionali, proprio nel momento in cui le regole contenute nella Carta di Nizza sono diventate norme primarie del Trattato. L'avvocato generale francese Yves Bot nelle meravigliose (per intelligenza e chiarezza espositive, per lucidità dell'approfondimento e dell'analisi critica fatta rispetto

all'evoluzione della giurisprudenza comunitaria) conclusioni presentate il 7 luglio 2009 (65) riesce anche a riabilitare la disastrosa sentenza "Mangold" e a costruire il cambio di orientamento della Corte di Giustizia sulla possibilità strutturale di applicare "in orizzontale" e tra privati, con applicazione del principio comunitario di uguaglianza e di non discriminazione. La Grande Sezione nella sentenza del 19 gennaio 2010 ha accolto l'invito dell'Avvocato generale, chiarendo che spetta al giudice nazionale disapplicare tale normativa nazionale, anche nell'ambito di una controversia tra singoli (66), quando sia stata violata la normativa antidiscriminatoria: «55 Risulta da queste considerazioni che il giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, non è tenuto, ma ha la facoltà di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, prima di disapplicare una disposizione nazionale che ritenga contraria a tale principio. Il carattere facoltativo di tale adizione è indipendente dalle modalità che si impongono al giudice nazionale, nel diritto interno, per poter disapplicare una disposizione nazionale che ritenga contraria alla Costituzione. 56 In considerazione di tutto quel che precede, la seconda questione va risolta dichiarando

#### **Note:**

(61) V. B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di S. Sciarra e B. Caruso, Torino, 2009, 740 ss.

(62) È questo ruolo anomalo, su cui la Corte costituzionale italiana ha costruito e legittimato, per presunte esigenze di contenimento della spesa pubblica, l'antagonismo interpretativo con la Corte di Cassazione, prevenendone gli indirizzi nomofilattici e demolendoli sulla base di norme interpretative con efficacia retroattiva, che ne ha sancito il declino della posizione di garante istituzionale e costituzionale.

(63) Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 19 gennaio 2010 in causa C-555/07, *Kücükdeveci c/ Swedex GmbH & Co. KG*.

(64) V. P. Coppola, *I doveri (e i poteri) del Giudice nazionale nel rapporto tra normativa comunitaria e diritto interno*, relazione al Convegno di Foggia del 5-6 febbraio 2010 organizzato dal Centro studi "D.Napoletano", atti in corso di pubblicazione.

(65) Causa C-555/07 *Kücükdeveci c/ Swedex GmbH & Co. KG*.

(66) Il lavoratore aveva promosso la causa principale (vera, non falsa come nel caso Mangold/Helm) nei confronti del datore di lavoro, per il riconoscimento del periodo di attività lavorativa subordinata maturato prima del compimento del venticinquesimo anno di età, ai fini del calcolo dei termini di preavviso di licenziamento. La norma nazionale ostativa era l'art. 622 del codice civile tedesco (*Bürgerliches Gesetzbuch*), dichiarata in contrasto con l'art. 6, n. 1, della direttiva 2000/CE/78, contenente i divieti di discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento.

che è compito del giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di cui dispone, nei casi previsti dall'art. 267, secondo comma, TFUE, di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale principio». Con l'applicazione dei principi comunitari (67) attraverso lo strumento della disapplicazione (o non applicazione (68)) la Corte di Giustizia demolisce *apertis verbis* anche il giudizio di costituzionalità "interno" di norma nazionale in contrasto con il diritto comunitario, mostrando la crisi del ruolo delle Corti costituzionali nel nuovo sistema delle fonti, e non solo di quella tedesca.

L'uguaglianza (art. 20) e la non discriminazione (art. 21) rappresentano principi cardine della Carta di Nizza, ed è fondamentale che la Corte di Giustizia abbia ricostruito un principio unico comunitario di uguaglianza e di non discriminazione, su cui aveva tentato di applicare in via diretta e in orizzontale anche nelle controversie tra privati il diritto comunitario "derivato", prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Ci era riuscita efficacemente (ma con scarso seguito nella giurisprudenza nazionale) con la sentenza "Cordero Alonso" (69), imponendo al giudice nazionale di disapplicare «qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria, senza doverne chiedere o attendere la rimozione da parte del legislatore, e deve applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime che viene riservato agli altri lavoratori... Tale obbligo incombe ad esso indipendentemente dall'esistenza, nel diritto interno, di disposizioni che gli attribuiscono la competenza al riguardo» (70). Ma aveva fallito qualche mese prima nella sentenza "Mangold" della Grande Sezione, nell'ipotesi di discriminazione per ragione di età (la stessa delibata nella sentenza "Kücükdeveci" e nella sentenza "Petersen") in una (finta) controversia tra privati, suscitando la protesta di molti Avvocati generali (71), per aver Tizzano incautamente combinato gli effetti di due Direttive, quella 1999/70/CE sul contratto a tempo determinato (di cui aveva negato l'applicazione al caso di specie, la famosa questione del primo e unico contratto a termine, risolta dalla "Angelidali" in senso diametralmente opposto) e quella, appunto, antidiscriminatoria 2000/78/CE, che però la Germania non aveva ancora trasposto non essendo ancora scaduto il termine per il recepimento (72). È amaro (per l'orgoglio na-

zionale), ma necessario (per un sentimento di lealtà comunitaria e di rispetto degli obblighi assunti nei confronti dell'Unione, che deve maturare e si deve imporre anche come atteggiamento di preventiva verifica della compatibilità nella formazione delle leggi interne) sottolineare che la Repubblica tedesca, nel recepire la Direttiva comunitaria 1999/70/CE, ha seguito il "modello Italia" e ha introdotto anche una specifica regolamentazione (73) di casi di "ragioni obiettive" per il ricorso legittimo a rapporti a tempo determinato, aggiungendola alle misure preventive già previste dalla precedente disciplina nazionale, che era già rispettosa della clausola 5, n. 1, lettere b) e c) dell'accordo quadro comunitario (due anni di durata massima dei rapporti di lavoro con la stessa azienda e massimo tre rinnovi).

### Note:

(67) V. sulla Corte di Giustizia come Corte dei principi le riflessioni di A. Perrino, *I principi di diritto comunitario e le piroette del legislatore italiano*, cit., 497.

(68) Infatti, una settimana prima, la Corte di Giustizia, sempre Grande Sezione, con sentenza 12 gennaio 2010 nella causa C-341/08 "Petersen" aveva anticipato l'esito della sentenza del 19 gennaio 2010, precisando che spetta al giudice nazionale investito di una controversia tra un singolo e un organismo amministrativo, lasciare inapplicata tale normativa, anche se quest'ultima è precedente alla direttiva e il diritto nazionale non ne prevede la disapplicazione.

(69) Corte Giust. CE, sez. I, 7 settembre 2006 in causa C-81/05 relativa alla Direttiva sociale 80/CE/1987 in caso di insolvenza del datore di lavoro.

(70) Esattamente in termini, Corte di Giustizia, Sezione VII, ordinanza 16 gennaio 2008 nelle cause riunite "Molinari e a." da C-128/07 a C-131/07. Ancora una volta, la Corte utilizza lo strumento dell'ordinanza ex art. 104, n. 3, primo comma, del Regolamento, ritenendo il principio interpretativo ormai consolidato nella giurisprudenza comunitaria, anche per quanto attiene il potere di disapplicazione del giudice interno rispetto ad una normativa nazionale contrastante con il principio di parità di trattamento nell'ambito di applicazione del diritto comunitario (nel caso di specie, Direttiva 76/207/CE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne).

(71) V. in particolare, le conclusioni dell'Avvocato generale J. Mazák presentate il 23 settembre 2008 nella causa C-388/07; nonché le conclusioni dell'Avvocato generale E. Sharpston presentate il 22 maggio 2008 nella causa C-427/06.

(72) Non è un caso che il Bundesarbeitsgericht (la Corte di Cassazione tedesca), con ordinanza del 23 marzo 2009 in causa C-109/2009 Deutsche Lufthansa AG c/ Gertraud Kumpan, ha riproposto la questione della compatibilità del diritto interno e della norma in favore dell'inserimento a tempo determinato dei lavoratori che hanno raggiunto l'età di 58 anni, censurata dalla sentenza "Mangold", con gli artt. 1, 2, n. 1, e 6, n. 1, della Direttiva 2000/78/CE e con la clausola 5, n. 1, della Direttiva 1999/70/CE, lasciando in pace la clausola di non regresso. Si tratta, finalmente, di un vero processo e il Giudice nazionale che ha sollevato la questione è quello di ultima istanza.

(73) L'art. 14, n. 1, della legge sul lavoro a tempo parziale e sui contratti a tempo determinato, la "TzBfG" del 21 dicembre 2000.

vi, all'interno del periodo di durata massima (74)). Lo Stato tedesco, rilevando che il duplice richiamo alle "ragioni obiettive" come misura idonea a prevenire gli abusi fosse un chiaro segnale del legislatore comunitario in favore di quella misura preventiva, l'ha aggiunta a quelle già vigenti nell'ordinamento interno, rafforzando il proprio sistema di tutele.

Il legislatore italiano del D.Lgs. n. 368/2001, invece, ha attenuato fino alla sostanziale eliminazione le tutele già esistenti, senza introdurre nessuna misura preventiva in sostituzione di quelle equivalenti, su cui ha inteso di intervenire *in peius*. Solo lo sforzo interpretativo di una parte maggioritaria della dottrina e della Giurisprudenza, autorevolmente espressa nella sentenza della Cassazione n. 12985/2008, ha evitato la precarizzazione *ex lege* dei rapporti di lavoro a termine, offrendo un'interpretazione adeguatrice e conforme al quadro comunitario della normativa interna, utilizzando le stesse tecniche e le stesse regole presenti nella disciplina abrogata della L. n. 230/1962.

È chiaro che "punire" la Germania su una questione in cui la Repubblica tedesca si era, invece, comportata in modo correttissimo, recependo puntualmente la Direttiva sul contratto a tempo determinato, ha avuto conseguenze molto gravi non solo sul piano interno della giurisprudenza comunitaria (che ha dovuto fare un evidente *revirement*), ma anche nei rapporti tra due Stati fondatori della Comunità, con ordinamenti di *civil law*, quindi meno in grado reagire immediatamente con la giurisprudenza interna rispetto a processi normativi "illegittimi" perché erroneamente (la Germania) o effettivamente (l'Italia) in contrasto con la normativa comunitaria.

Le ordinanze di pregiudizialità comunitaria dei Tribunali di Trani, di Rossano e di Venezia dimostrano che i Giudici nazionali hanno imparato la lezione "Mangold" e hanno ben compreso che il rafforzamento dei poteri del Giudice interno da parte della Corte di Giustizia attraverso il principio comunitario di uguaglianza e non discriminazione, che consente la diretta eliminazione (disapplicazione) o non applicazione (75) norme in contrasto con il diritto comunitario (senza distinzione tra "primario" e "derivato"), sposta all'interno dell'ordinamento e senza necessità di ulteriori interventi interpretativi "esterni" al giudizio (Corte costituzionale, CEDU, la stessa Corte di Giustizia quando dubbi non vi siano) la soluzione del conflitto tra regole sovranazionali e nazionali.

### **Le criticità dell'ordinamento nazionale sulla effettività della tutela dei diritti**

Con il Trattato di Lisbona e l'entrata in vigore "ef-

fettiva" della Carta di Nizza, cambia anche il quadro delle possibilità da un lato di intervento più efficace delle tutele nel processo del lavoro (e del processo in genere), dall'altro della difesa del processo dalle ingerenze del potere legislativo. Si pensi alla legittimazione delle azioni collettive prevista dall'art. 28 della Carta di Nizza, che consente - *ex se*, trattandosi di norma primaria ad efficacia diretta, con rimozione di tutte le norme direttamente o indirettamente ostative - l'esercizio di *labour class action*, come quella contro la flessibilità incontrollata provocata da Microsoft (76) o come l'azione giudiziaria proposta dal sindacato irlandese Impact per il riconoscimento dell'anzianità di servizio del precariato pubblico (77). L'azione collettiva può impedire la proliferazione delle cause e l'inevitabile allungamento dei tempi processuali, soprattutto, quando il datore di lavoro è lo Stato, l'unico "operatore" che può permettersi i costi e i rischi di migliaia di controversie, nei tre gradi di giudizio. Solo lo Stato può permettersi la strategia del contenzioso come metodo di risoluzione delle proprie deficienze strutturali e come rendita di posizione per la difesa erariale. Solo lo Stato, infatti, può intervenire su se stesso, cioè sull'Esecutivo in funzione legislativa, con decretazione d'urgenza o in occasione di leggi finanziarie, per generare quei dannosi processi normativi, che sono rappresentati dalle norme innovative e/o interpretative con efficacia retroattiva. Anche sotto questo profilo, cioè sulle capacità "deflative" delle norme che coprono gli abusi di Stato, soprattutto quelle interpretative con efficacia retroattiva, il Trattato di Lisbona diventa di fondamentale importanza. L'art. 47 della Carta di Nizza (invocato anche nell'ordinanza di pregiudizialità comunitaria del Tribunale di Venezia) riproduce l'art. 6 CEDU (a sua volta riprodotto nell'art. 111 Cost.) e garantisce il diritto ad un processo equo e giusto.

#### **Note:**

(74) Disposizioni ora trasfuse nell'art. 14, n. 2, «TzBfG».

(75) Cfr. Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 12 gennaio 2010, in causa C-341/08 "Petersen", punto 81 e conclusioni al n. 2.

(76) Ne riferisce R. Marzano, *Il contratto a tempo determinato nell'ordinamento statunitense: la categoria del lavoro contingente*, in G. Ferraro (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, 2009, Torino, 370.

(77) Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 15 aprile 2008 nella causa C-268/06 "Impact", in *Dir. relaz. ind.*, 2008, 3, 854 con nota di R. Cosio. L'Italia, naturalmente, non si è ancora adeguata a riconoscere l'anzianità di servizio maturata alle dipendenze dello stesso datore di lavoro pubblico con vari, spesso successivi, contratti a tempo determinato, anche di lunga durata. Si tratta di centinaia di migliaia di posizioni soggettive, che sfocieranno, inevitabilmente, in altrettanti giudizi.

Proviamo soltanto ad immaginare l'impatto incredibile che l'efficacia diretta di questa disposizione, senza dover ricorrere alla Corte di Strasburgo, può avere sui contenziosi "seriali", quelli contro lo Stato, che continuano ad alimentare ed inflazionare il processo del lavoro. Un esempio, per tutti. Con l'art. 2, comma 5, della legge finanziaria n. 191/2009 è stata prevista l'interpretazione autentica delle disposizioni in materia di determinazione della retribuzione pensionabile dei lavoratori agricoli a tempo determinato di cui all'art. 3 della L. n. 457/1972, al nobile «fine di risolvere i dubbi interpretativi sorti sulla questione, confermando le modalità applicative finora seguite in materia dall'INPS» (78). Dubbi interpretativi sulla norma non ve n'erano, anzi l'orientamento della giurisprudenza di legittimità era costante (79), nel senso che la retribuzione pensionabile ai fini del calcolo della pensione deve essere calcolata sulla base delle retribuzioni medie annualmente vigenti. E infatti, «trattasi di norma interpretativa .... Intesa ad evitare che, a causa di recenti sentenze della Corte di Cassazione, si determini maggiore spesa pensionistica di rilevante entità (valutata dall'INPS sulla base dei dati amministrativi in circa 3 mld. di euro nel primo anno, tenendo conto della spesa per arretrati e interessi legali, e circa 270 ml. negli esercizi successivi), non considerata nei tendenziali a normativa vigente» (80). Fino a quando, all'evidente fine di seguire l'orientamento di politica giudiziaria secondo cui il contenzioso del lavoro diventa "seriale" per le esagerazioni nella tutela e per i costi elevati per le finanze dello Stato (sulla base, come visto, di incontrollabili numeri "al lotto" forniti dalla stessa pubblica amministrazione abusante), in particolare in materia previdenziale (81), la Cassazione (82) ha cambiato orientamento, utilizzando, come parametro di calcolo, la retribuzione media convenzionale individuata nell'apposito decreto ministeriale previsto dal D.P.R. n. 488 del 1968, art. 28, con riferimento all'anno precedente la liquidazione della pensione. Naturalmente, con ordinanza del 9 dicembre 2009, n. 25742 la Sezione lavoro della Suprema Corte ha dovuto rilevare il contrasto di giurisprudenza nel Collegio e rimettere la questione alle Sezioni Unite ex art. 374 c.p.c. E, sempre naturalmente, qualche giorno dopo è intervenuta la norma interpretativa con efficacia retroattiva, che "risolve" il contrasto di giurisprudenza in favore della interpretazione non favorevole ai lavoratori pensionati.

Ma sono altri tempi. Oggi, con l'entrata in vigore del Trattato, a prescindere da quanto deciderà la Cassazione a Sezioni Unite o a prescindere da un

eventuale decisione della Corte costituzionale, se il solito Tribunale di Trani o il Tribunale di Rossano solleverà la questione di pregiudizialità comunitaria per il contrasto della norma interpretativa sulle pensioni dei lavoratori agricoli, con l'art. 141 del Trattato CE (sulla determinazione della retribuzione an-

### Note:

(78) V. Relazione illustrativa, in Atti parlamentari del Senato della Repubblica, n. 1790, 6.

(79) Cass., sez. lav., nn. 3212 e 2377 del 2007.

(80) V. Relazione tecnica, in Atti parlamentari del Senato della Repubblica, n. 1790, 108.

(81) È manifesta espressione di questo erroneo approccio "culturale" il commento di S. Gentile alle sentenze nn. 12718 e 12720 del 29 maggio 2009 delle Sezioni Unite della Cassazione (Pres. Carbone, Est. Vidiri), dall'indicativo titolo *Le sezioni unite salvano la decadenza previdenziale, ma non soccorrono gli uffici giudiziari abusati*, in *Foro it.*, 2009, 2988 ss. L'Autore (di cui si segnala il pregevole recentissimo compendio su *Il processo previdenziale*, 2010, Milano), riprendendo la sua tesi sulla soluzione del contenzioso previdenziale seriale, già espressa nella nota *Il «rebus» della decadenza dal diritto alla riliquidazione dei trattamenti previdenziali: una proposta di soluzione unitaria per un problema indifferibile*, in *Foro it.*, 2008, I, 1595, contesta duramente la decisione della Corte di Cassazione di confermare il precedente orientamento delle stesse Sezioni Unite nella sentenza n. 6491/1996, rilevando l'impatto negativo che la sentenza avrà sugli "uffici giudiziari abusati", perché decine di migliaia di braccianti agricoli vinceranno le cause che, in caso di decadenza della prestazione previdenziale, avrebbero perso. Si tratta di un approccio culturale completamente sbagliato, a parere di chi scrive, per le ragioni che era state già rappresentate, in fatto e proprio su una delle situazioni territoriali di contenzioso "abusato" indicato nella predetta nota critica, in questa *Rivista*, V. De Michele, *La tutela comunitaria e internazionale salverà il processo del lavoro italiano?*, cit., 147-148. Avevo disperatamente auspicato, come incredibilmente e del tutto inaspettatamente è avvenuto, che prevalesse il buon senso e che le Sezioni Unite confermassero l'orientamento del 1996 e non riconoscessero la decadenza delle prestazioni previdenziali (ma solo la prescrizione decennale) nel caso in cui, entro il termine decadenziale, le prestazioni fossero già state pagate, ma in misura non corretta dall'Inps. L'errore concettuale nel teorema di chi crede che si possa risolvere il contenzioso "seriale" abbassando la soglia del riconoscimento dei diritti fino ad annullarli, perché si tratta di diritti di non rilevante entità economica (sul rapporto tra "carità" e giustizia v. A. Vallebona, «*Caritas in veritate*» e *diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 439 ss.), viene censurato in diritto dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 12718/2009, nel momento in cui la bella e convincente (ma non convinta) penna dell'Estensore ha elencato tutte le situazioni di "vantaggio processuale" riconosciute allo Stato e alla sua difesa, che però non sono state di alcuna utilità per attivare "buone prassi amministrative", anzi hanno finito per legittimare e far aumentare gli abusi. Ma viene sconfessato nei fatti, nel momento in cui presso il Tribunale di Foggia la Curia (avvocati e magistrati) prende atto della sentenza delle Sezioni Unite e sceglie di fare un protocollo con cui definire circa 70.000 cause (differenze di disoccupazione agricola) con ordinanza-ingiunzione di pagamento ex art. 186 *quater* c.p.c. o con l'estinzione del giudizio (per il caso di litispendenza o di esito negativo per i lavoratori), in tempi ragionevolmente brevi (un anno), con quasi integrale soddisfazione dei diritti e con un risparmio di spesa per lo Stato che si aggira in non meno di 200 milioni di euro, venendo meno il presupposto di decine di migliaia di cause per ingiusta durata del processo.

(82) Cass., sez. lav., nn. 2531, 2596 e 4355 del 2009.



che ai fini della determinazione della pensione), dell'art. 47 della Carta di Nizza (per violazione del giusto processo) e del principio comunitario di uguaglianza e di non discriminazione, un'eventuale decisione della Corte di Giustizia che rilevi il contrasto tra diritto comunitario e norma interna, obbligherebbe il Giudice comunitario nazionale ad adeguarsi e a decidere il senso conforme all'interpretazione comunitaria della disciplina interna. Si tratta di una situazione ordinamentale del tutto nuova, che non evoca scenari di diritto giurisprudenziale o di diritto "pretorio", perché la giurisprudenza non crea proprio nulla in un sistema di *civil law* deteriorato dall'eccesso di norme e dalla fragilità e freneticità incontrollata dei processi di formazione delle regole: la Curia (avvocati, magistrati, dottrina) si limita a individuare e regolare l'applicazione delle norme che siano conformi ai principi costituzionali, che sono ora trasfusi nel Trattato di Lisbona e, in particolare, nella Carta di Nizza, disapplicando o non applicando le regole che contrastano con quei principi.

Molte e importanti le conseguenze, ma non gravi, del nuovo sistema giuridico che si afferma: minori rendite di posizione per la difesa erariale, riduzione considerevole del contenzioso "seriale" (che non si può più risolvere più così facilmente con norme interpretative in favore dello Stato abusante), attivazione di procedure amministrative più corrette ed efficienti (83), per evitare conseguenze di responsabilità amministrativa e contabile che, fino ad oggi, possono essere facilmente esule, un ripristino dei processi di ordinaria formazione delle leggi, senza l'affanno di norme improvvisate e *ad personam* (fisica o giuridica), comprese quelle che "abbreviano" i processi (anche penali) per sospenderli o estinguerli.

## Conclusioni

Siamo in presenza, dunque, per il nostro ordinamento e per la tutela dei diritti sociali ed economici, di una rivoluzione copernicana silenziosa, di cui avevamo bisogno per uscire dalla palude delle tante ipocrisie nazionali, che hanno reso disastrose le condizioni della giustizia civile. Occorrerà mettersi al lavoro. C'è moltissima strada da fare, perché non siamo arrivati preparati all'appuntamento con Lisbona (84). Ma non ci vuole molto per rimediare: è sufficiente rileggersi la nostra Costituzione, per ritrovare gli stessi principi e le stesse regole generali che presidiano nella Carta di Nizza il riconoscimento e la tutela dei diritti, e farne applicazione diretta. La disapplicazione o non applicazione della norma inter-

na in contrasto con il diritto comunitario primario e derivato dovrà essere lo strumento interpretativo e regolativo dei processi, essendo terminata la breve stagione, molto incerta peraltro (85), degli ulteriori giudizi nei confronti dello Stato-legislatore, inadempiente per omessa o tardiva o parziale attuazione degli obblighi comunitari.

### Note:

(83) Prima con messaggio del 14 maggio 2009, n. 11196 e poi con circolare n. 126 del 16 dicembre 2009 l'Inps si è attivato per ridefinire i procedimenti accertativi di eventuali posizioni contributive fittizie nel lavoro agricolo, dopo che, come anticipato su questa *Rivista*, 2009, 147, un solo giudice del Trib. Foggia (S. Casarella), razionalizzando situazioni di abusivo ed errato utilizzo delle procedure amministrative da parte dell'Istituto, ha risolto circa 15.000 cause con meno di cento sentenze in un arco temporale di dodici mesi. Le sentenze non sono state appellate né dall'Inps né dai lavoratori soccombenti, anche se l'esito è stato prevalentemente sfavorevole all'Istituto. L'Inps ha riorganizzato l'attività di vigilanza in agricoltura per il contrasto del fenomeno dei falsi rapporti di lavoro e del lavoro nero, tenendo conto delle indicazioni e degli errori segnalati nelle predette decisioni.

(84) Cfr. M.R. Gheido e A. Casotti, *Entra in vigore in Trattato di Lisbona*, in *Dir. prat. lav.*, 2010, 1, 22. Gli Autori non fanno alcun cenno, tra le novità, alla nuova efficacia della Carta di Nizza e della Cedu all'interno del sistema normativo comunitario.

(85) Cfr. Cass., sez. un., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Nuov. Giur. Civ. comm.*, 2009, I, 1012, con nota di C. Pasquinelli, *Le Sezioni unite e la responsabilità dello Stato-legislatore per violazione del diritto comunitario. Un inatteso revirement*.



Contributi

# L'individuazione dell'attività prevalente del socio amministratore di S.r.l. al vaglio delle Sezioni Unite

di **Roberto Rivero** - *Giudice del lavoro Tribunale di Ravenna*

La questione dell'attività prevalente a fini previdenziali è tornata d'attualità a seguito dell'ordinanza del 16 marzo 2009, n. 6327 con cui la Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite di risolvere un asserito contrasto interpretativo in merito al rapporto tra i commi 203 e 208 dell'art. 1 della L. n. 662/1996 in punto di iscrizione alla gestione prevalente del socio amministratore di S.r.l. che eserciti attività commerciale. Par di capire dall'esame dell'ordinanza che alle Sezioni Unite si è chiesto di risolvere soltanto un problema probatorio ovvero di stabilire se per il socio amministratore di S.r.l. l'attività prevalente commerciale debba essere affermata automaticamente (sulla base del comma 203) oppure verificata in concreto (sulla scorta del comma 208). Non è comunque escluso che le Sezioni Unite, ricostruendo la materia, possano portare un contributo chiarificatore anche su altri, più essenziali, aspetti: ad es. sull'unicità o duplicità di iscrizione (alla gestione separata e gestione commercianti) per il socio di S.r.l. commerciale (o il lavoratore autonomo esercente attività commerciali) in caso di contemporanea attività come amministratore di società (o di espletamento di una seconda attività); sull'ambito applicativo della regola stabilita dalla L. n. 335/1995 (art. 2, comma 26) circa la non esclusività della gestione separata (se possa conservare ancora uno spazio applicativo nel rapporto con la gestione commercianti); se il criterio di prevalenza valga in tutte le direzioni ed in qualsiasi gestione, oltre che in quelle relative all'attività autonome dove la legge sembra confinarlo; su come debba avvenire la sommatoria dei redditi diversi in una unica gestione (se si paga su tutto e secondo quali regole ed aliquote).

## Il tema dell'attività prevalente

La questione dell'attività prevalente a fini previdenziali scaturisce dalla necessità di identificare la gestione assicurativa dove il lavoratore (come si vedrà, autonomo) deve essere iscritto per assolvere all'obbligo contributivo, allorché venga in rilievo lo svolgimento contemporaneo di più attività lavorative. L'iscrizione del lavoratore nella gestione previdenziale essendo fonte di molteplici diritti e doveri (posizioni soggettive attive e passive) ha dato luogo da sempre ad una nutrita serie di controversie; molte delle quali vertono proprio sul particolare aspetto dell'identificazione dell'attività prevalente; di recente l'argomento è stato oggetto di un'ordinanza della Cassazione (n. 6327/2009) che ha rimesso la materia alle Sezioni Unite con riferimento all'attività prevalente svolta dal socio amministratore di società a responsabilità limitata.

Per orientarsi nell'esame della problematica occorre tenere in mente alcuni principi che discendono dai connotati d'inderogabilità ed effettività che domina tutta la materia della previdenza.

Anzitutto il canone fondamentale secondo cui l'inquadramento previdenziale deve seguire la reale natura dell'attività svolta dal lavoratore, in base all'oggettiva presenza dei requisiti costitutivi della fattispecie dettati dall'ordinamento.

Perciò se l'attività del lavoratore muta nel tempo (in modo strutturale, sia pure soltanto in termini di prevalenza di un'attività sull'altra) occorre procedere ad un'opera di adeguamento della realtà di fatto alla realtà di diritto; attraverso una nuova d'iscrizione, in conformità alla natura dell'attività esercitata.

Un secondo principio che va ricordato è che la contribuzione deve essere versata in base all'effettiva attività svolta, senza che però la stessa attività possa

costituire titolo per una pluralità di prelievi contributivi presso diverse gestioni assicurative. Questo principio che parrebbe ovvio, genera in realtà questioni complesse perché pone il problema di chiarire il concetto di identità (e di diversità) dell'attività svolta.

Capire quando un'attività rimane unica e quando invece diventa diversa, non è un problema ontologico, ma essenzialmente di regolamentazione giuridica; bisogna partire perciò dal dato normativo (che però spesso non è chiaro e non aiuta). Può essere facile distinguere le attività plurime ovvero quando un soggetto espliciti attività diverse in nessun modo connesse tra di esse e rette da titoli giuridici diversi. Meno facile la questione si presenta nei casi di attività uniche ma complesse: ad es. chi realizza un prodotto e poi lo vende compie un'unica attività o due attività dal punto di vista del diritto previdenziale? E (per riferirci all'oggetto dell'ordinanza che si commenta) l'attività resa dal socio amministratore di S.r.l. è un'attività che per il diritto previdenziale si fonda su un titolo (societario) o su più titoli (societario e di lavoro)?

## Il criterio della prevalenza e la L. n. 662/1996

Proprio dinanzi ai casi di attività plurime ed attività complesse viene in aiuto il concetto di prevalenza. Si tratta di un criterio utilizzato in generale nel diritto civile per decidere della disciplina di negozi connotati da una pluralità di elementi (misti o atipici) (1) e non regolati dalla legge; ed è criterio utilizzato anche dall'ordinamento previdenziale (2) quale elemento unificante di attività complesse oppure come criterio selettivo di attività plurime. Quando la legge vuole che un'attività complessa rimanga unica pur in presenza di elementi eterogenei, o che si dia rilievo ad una sola attività pur dinanzi ad attività plurime, si affida al criterio della prevalenza.

Il tema della prevalenza è ritornato all'attenzione del diritto previdenziale all'indomani della L. n. 662/1996 che, con il comma 203 dell'art. 1, ha esteso la platea dei soggetti tenuti ad assicurarsi presso la gestione Inps degli esercenti attività commerciali obbligando all'iscrizione presso tale gestione, per la prima volta a partire dall'1 gennaio 1997, i soci di S.r.l. (esercenti attività commerciali o comunque del settore terziario) che «partecipino personalmente al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza».

La norma era finalizzata ad eliminare i dubbi che erano stati sollevati in proposito per i soci di S.r.l. (in considerazione dell'assenza di rischio nella con-

duzione dell'impresa; mentre non c'era dubbio che sussistesse obbligo d'iscrizione nel caso di socio unico, né per i soci di società di persone); e voleva evitare che grazie allo schermo della struttura societaria la prestazione di lavoro resa dal socio nell'impresa sociale fosse sottratta alla contribuzione previdenziale.

L'iscrizione nella gestione commercianti richiede dunque che l'attività del socio sia abituale e prevalente; e la prevalenza va qui riferita alla attività svolta dal socio (della cui iscrizione si tratta), non a quella della società: tra le attività svolte dal socio, quella resa nella società deve essere quindi la sua attività abituale e prevalente (da riscontrare ovviamente in concreto). Non rileva che la società abbia o meno necessità della attività prevalente del socio, né che abbia altri (molti o pochi) dipendenti e collaboratori; costituendo tale dato un elemento irrilevante ai fini dell'applicazione della norma, come si evince dalla stessa lettera della legge (v. lett. a: «a prescindere dai dipendenti»).

Ciò detto, può accadere, spesso anche all'interno della stessa impresa, che il socio di S.r.l. svolga una serie di attività di diversa natura. Il caso più frequente è quello del socio che rivesta ed eserciti le funzioni di amministratore della società (ossia esplicca un'attività di gestione, impulso e rappresentanza) e nel contempo svolga attività operativa (partecipa alla concreta attività) di organizzazione e coordinamento dei fattori produttivi.

Potrebbe accadere poi che l'amministratore di S.r.l. abbia altri rapporti giuridici ed espliciti la stessa atti-

### Note:

(1) Cass., sez. III, 20 gennaio 2005, n. 1150: «Il contratto di albergo costituisce un contratto atipico o misto, con il quale l'albergatore si impegna a fornire al cliente, dietro corrispettivo, una serie di prestazioni eterogenee, quali la locazione di alloggio, la fornitura di servizi, il deposito, senza che la preminenza riconoscibile alla locazione d'alloggio possa valere, sotto il profilo causale, a dare carattere accessorio alle altre prestazioni. Pertanto, secondo i principi applicabili in tema di contratto misto, il negozio deve essere assoggettato alla disciplina unitaria dell'uno o dell'altro contratto in base alla prevalenza degli elementi, salva l'applicazione degli elementi del contratto non prevalente se regolati da norme compatibili con quelle del contratto prevalente (Nella specie, relativa a contratto di albergo stipulato in favore di terzo, avendo un assessore comunale pattuito la locazione per due mesi di un bungalow in un complesso alberghiero in favore di una famiglia sfrattata, la Suprema Corte, nel cassare la sentenza di merito che aveva limitato la condanna dell'assessore al pagamento dei canoni dei due mesi, ha ritenuto compatibile con il suddetto contratto l'obbligo del conduttore in mora nella restituzione della cosa locata di dare al locatore il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna e l'eventuale maggior danno)».

(2) Nella materia previdenziale il criterio della prevalenza viene pure utilizzato per la classificazione dell'impresa (agricola, commerciale, industriale) sia a fini Inps che ai fini assicurativi INAIL ai sensi dell'art. 2195 c.c. e della L. n. 88/1999.

vità commerciale non in quanto socio, ma sulla base di un contratto che può essere un contratto di co.co.co., co.co.pro., ma anche di lavoro subordinato (sempre che sussistano i relativi requisiti costitutivi).

Può accadere inoltre che il medesimo socio di S.r.l., come qualsiasi altro lavoratore (oltre a lavorare nella società commerciale come socio ed amministratore) abbia altri rapporti di lavoro autonomi o anche subordinati, presso altre imprese di qualsiasi natura, e fosse per questo già iscritto ad altre gestioni assicurative.

Alla soluzione di tutte queste questioni, discendenti dalla presenza di una pluralità di attività in capo ad una persona, sarebbe intesa, secondo l'interpretazione più diffusa, la regola dettata con il comma 208 dell'art. 1, dalla L. n. 662/96; la quale prevede che coloro che esercitano «contemporaneamente, anche in un'unica impresa, varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti» devono essere iscritti «nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale essi dedicano personalmente la loro opera professionale in misura prevalente», secondo un accertamento effettuato dall'Inps.

Tuttavia, è proprio sull'interpretazione di questo comma che verte il contenzioso, sussistendo una varietà di opzioni all'interno della giurisprudenza con riferimento all'ampiezza del disposto ed al suo valore precettivo.

Disparità di vedute esistono specialmente tra l'Inps e la giurisprudenza della Cassazione, soprattutto in merito al rapporto tra questa regola e la L. n. 335/1995 (art. 2, commi 26-32) che assoggetta (dall'1 gennaio 1996) gli amministratori di società all'iscrizione presso la gestione separata Inps obbligandoli al pagamento dei contributi sui compensi ricevuti in quanto amministratori (*equiparati* appunto ai redditi da lavoro autonomo dall'art. 49, oggi art. 53, del T.U. sull'imposte dirette). In argomento, interferisce dunque la L. n. 335/1995 (art. 2, comma 26), la quale peraltro prevede che siano obbligati ad iscriversi alla gestione separata i «soggetti che esercitano per professione abituale, anche se non esclusiva, una attività di lavoro autonomo, nonché i titolari dei rapporti di co.co.co. di cui al comma 2, lettera a, dell'articolo 49 del medesimo testo unico...». Da quest'ultima previsione si evincerebbe che debba iscriversi alla gestione separata, anche il soggetto iscritto ad altra gestione in forza dell'esercizio di una diversa attività. L'art. 2 della L. n. 335 non richiede che a tal fine l'attività esercitata debba essere prevalente rispetto ad altra eventualmente svolta; al con-

trario, obbliga all'iscrizione nella gestione separata anche se la stessa attività che ne dà titolo non sia esclusiva e concorra perciò con altra attività.

Di fatto molti collaboratori coordinati e continuativi erano normalmente iscritti e pagavano i contributi ad altra gestione in presenza di una diversa attività (subordinata o autonoma).

### **Le tesi contrapposte della Corte di Cassazione e dell'Inps**

Fin dalla prima sentenza resa sull'argomento (la n. 20886/2007), la Corte di Cassazione ha effettuato una ricognizione delle tre disposizioni che compongono il quadro normativo prima richiamato (l'art. 2, comma 26, L. n. 335/1995; i commi 203 e 208 dell'art. 1 della L. n. 662/1996) distinguendo essenzialmente secondo un criterio soggettivo: la prima norma (l'art. 2, comma 26, L. n. 335/1995) riguarderebbe tutti i lavoratori autonomi, anche non in via esclusiva, i quali devono essere iscritti alla gestione separata; la seconda regola (il comma 203 dell'art. 1 della L. n. 662/1996) riguarderebbe gli esercenti un'attività commerciale in via prevalente che devono essere iscritti alla gestione commercianti; la terza regola (il comma 208 dell'art. 1 della L. n. 662/1996) riguarderebbe tutti i lavoratori autonomi che esercitano varie attività autonome, i quali devono essere iscritti alla gestione relativa all'attività prevalente.

La più evidente conseguenza che discende da questa ricostruzione è che, secondo la Cassazione, con il comma 208 dell'art. 1 della L. n. 662 viene meno la possibilità, prevista invece dalla L. n. 335/1995, che i lavoratori autonomi possano essere iscritti in più gestioni (compresa quella separata): opererebbe invece l'unica gestione prevalente. E la medesima soluzione dell'iscrizione nell'unica gestione prevalente varrebbe non solo nel concorso tra più attività autonome diverse, ma anche nel rapporto tra attività operativa e attività di amministratore rese all'interno della medesima S.r.l. commerciale.

Differente è la posizione espressa dall'Inps con varie circolari, messaggi e lettere, emessi fin dopo la L. n. 662/1996. Secondo l'Istituto previdenziale il criterio della prevalenza si riferisce all'espletamento di varie attività autonome incompatibili - ovvero assoggettabili a diverse forme di assicurazioni tra loro incompatibili (ad es. per il caso dell'attività c.d. miste: come l'artigiano che svolga anche attività commerciale; il panettiere che venda anche i prodotti propri e di terzi) - e non all'ipotesi di due iscrizioni perfettamente compatibili, che trovino fondamento in presupposti diversi e ineriscano a redditi distinti.

La Cassazione ha però negato rilevanza a questo argomento sull'incompatibilità, addotto dall'Inps, sottolineando per un verso che lo stesso elemento non è richiesto dalla legge; e per altro verso che esso sarebbe rispettato proprio attraverso la prevalenza: «Il carattere della prevalenza, costituendo criterio unificante, è (in se stesso) negazione della compatibilità della pluralità di iscrizioni. Nei confronti dell'iscrizione prevista dalla L. 23 dicembre 1996, n. 662, art. 1, comma 203, "forma diversa di assicurazione obbligatoria" è anche quella disciplinata dalla "gestione separata" prevista dalla L. n. 335 del 1995, art. 2, comma 26. Anche fra queste due forme di iscrizione sussiste incompatibilità».

Nonostante le sentenze della Cassazione sull'argomento (almeno cinque dal 2007 in avanti) si siano susseguite all'unisono, dando vita ad un orientamento consolidato ed uniforme, ancora oggi la posizione ufficiale dell'Inps (come si può constatare sul sito internet) è di contrasto rispetto alla posizione della Corte di legittimità.

L'Inps mantiene ferma la propria visione espansiva sull'argomento. E da una parte riconosce che effettivamente i lavoratori impegnati in più attività autonome - anche in un'unica impresa - debbano essere iscritti nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale dedicano la loro opera in maniera prevalente; dall'altra parte secondo l'Inps il «principio della prevalenza non si applica quando una delle due attività è soggetta al contributo per il lavoro parasubordinato. In questo caso le due diverse attività danno titolo alla contemporanea iscrizione in due diverse gestioni: quella dei commercianti e quella dei parasubordinati».

Inoltre secondo l'Inps il principio dell'unicità della gestione non vale per gli amministratori di società che devono parimenti rimanere iscritti alla gestione separata.

La prima tesi sostenuta dall'Inps, quella secondo cui il principio di prevalenza non vale mai nei confronti del lavoro parasubordinato, nella sua assolutezza è però insostenibile; perché il lavoro parasubordinato è anch'esso lavoro autonomo ed il co.co.co. o co.co.pro. rientrano perciò nel divieto di doppia iscrizione dell'art. 1, comma 208.

La seconda obiezione mossa dall'Inps (ovvero il principio che l'unicità della gestione non vale per gli amministratori di società tenuti a rimanere iscritti alla gestione separata) sembrerebbe invece maggiormente sostenibile; perché la formula della legge prescrive di individuare l'attività prevalente tra le attività autonome; mentre non dovrebbero confondersi, già sul piano concettuale, le attività inerenti

al ruolo di amministratore con quella esercitata come lavoratore (ancorché autonomo, e neppure quando questa seconda attività si esplica al livello più elevato dell'organizzazione e della direzione). Si tratta di attività che rimangono su piani giuridici differenti, dal momento che l'attività di amministratore si basa su una relazione di immedesimazione organica (al limite di mandato *ex* 2260 c.c.); e comporta, a seconda della concreta delega, la partecipazione ad una attività di gestione, l'espletamento di una attività di impulso e di rappresentanza ed è rivolta ad eseguire il contratto di società assicurando il funzionamento dell'organismo sociale (e sotto certi aspetti la sua stessa esistenza). L'attività lavorativa, per contro, è rivolta alla concreta realizzazione dello scopo sociale, al suo raggiungimento operativo, attraverso il concorso della collaborazione prestata a favore della società da lavoratori subordinati, lavoratori autonomi, ecc.

Soprattutto va considerato che trattandosi di attività eterogenee non sembra possibile instaurare tra le stesse una relazione di prevalenza; come si fa a stabilire se l'attività di amministratore sia prevalente rispetto a quella commerciale e viceversa? In che termini bisogna ragionare per giudicare della prevalenza tra le due attività (bisogna guardare all'impegno del socio in termini di tempo, di importanza, di redditi percepiti, ecc.)?

Ciò è talmente vero che alcuni giudici, per cercare di superare il problema, non distinguono neppure il lavoro reso come socio di S.r.l. dall'attività di amministratore; sostenendo che non sia possibile distinguere e che prevalga sempre il titolo riferito all'attività di amministratore («l'attività è unica, ancorché possa essere scomposta in attività di gestione e in attività esecutive o complementari a quelle di gestione: rispetto ai due titoli fatti valere dall'istituto per sostenere la duplice iscrizione (amministratore e socio) e che rileva in realtà quell'unico titolo che esaurisce l'incarico ossia quello di amministratore e legale rappresentante») (3). Il che non può essere vero perché la distinzione delle due posizioni è alla base del dato normativo di partenza: è la legge che ai fini della iscrizione alla gestione commercianti richiede come titolo che il socio partecipi al lavoro aziendale (espliciti attività operativa) con carattere di abitualità e prevalenza; mentre qualora si limiti ad esercitare soltanto l'attività di amministratore egli deve rimanere iscritto alla gestione separata. D'altra parte l'attività operativa del socio è sempre

#### Nota:

(3) Corte D'Appello Brescia 2003/245, inedita.



stata distinta da quella di amministratore, tant'è che, per comune ammissione, potrebbe essere retta addirittura da un contratto di lavoro subordinato. Inoltre non si capirebbe perché dovrebbe rilevare soltanto un titolo, e sempre quello di amministratore; quando semmai, si tratta di vedere se si possa individuare in concreto quale sia l'attività prevalente. Vero è che, nonostante la pluralità di interventi, la Corte di Cassazione non si è mai soffermata espressamente su questo punto; dando, forse, per scontato che l'attività di amministratore, a fini previdenziali, sia da considerare sempre come un rapporto di lavoro autonomo (anche se la legge ne equipara soltanto i redditi a quelli da lavoro autonomo); e che pertanto si possa porre il problema della prevalenza anche tra l'attività di lavoro e quella di amministratore (che la legge vuole risolvere attraverso il criterio della prevalenza, dettato solo per le attività autonome).

Quand'anche così fosse, la soluzione accolta dalla giurisprudenza della Cassazione andrebbe completata ricordando che ai fini della iscrizione nella gestione commercianti del socio di S.r.l. occorre, da una parte, che il socio espliciti attività lavorativa abituale e prevalente nella S.r.l. commerciale; ma anche dall'altra che non esista - secondo una condizione negativa implicita nella stessa *ratio legis* e nell'interpretazione sistematica della materia - iscrizione ad altra gestione previdenziale sulla base del titolo negoziale che regge la medesima attività lavorativa. Non si può escludere infatti in via di principio che quella stessa attività lavorativa svolta dal socio all'interno della S.r.l. possa essere retta da un titolo negoziale di diversa natura (autonomo, subordinato o parasubordinato; sempre che ovviamente ne sussistano i dovuti elementi costitutivi); perché in tal caso il socio verrà iscritto alla gestione relativa all'attività espletata come lavoratore subordinato o lavoratore autonomo, ma non a quella commercianti in quanto socio di S.r.l.

Anche il lavoro subordinato può reggere l'attività svolta dal socio nella società secondo la giurisprudenza consolidata, ove oltre alla totale diversità della attività svolte nell'una e nell'altra veste, vi sia in concreto l'assoggettamento pieno del medesimo al potere direttivo di un organo sovraordinato (A.U., C.d.A.) (4).

### **Il criterio della prevalenza è generale?**

Secondo la Cassazione il criterio della prevalenza vale a negare la compatibilità dell'iscrizione in più gestioni: è quindi un criterio unificante; ma è anche un criterio generale? Vale cioè pure oltre l'ambito

dell'attività autonome e dell'attività del socio amministratore di S.r.l.? Oppure fuori da tali ambiti vale il principio opposto, quello secondo cui le diverse iscrizioni previdenziali coesistono?

Il problema si pone nei casi di concorso di più attività subordinate e di attività autonoma e subordinata. Per restare al tema in oggetto, che più viene dibattuto, ove l'amministratore di S.r.l. risultasse anche un lavoratore subordinato della stessa società, in tal caso non ci sarebbe un problema di prevalenza, ma di concorrenza dovendo il lavoratore iscriversi a tutte le gestioni assicurative interessate. Inoltre dalla legge si evince (e la giurisprudenza pare orientata in tal senso) (5) che il criterio della prevalenza valga solo per le attività autonome, in quanto solo per queste ultime è stato dettato dalla legge (forse in ragione della difficoltà di individuare l'elemento che le caratterizza ai fini della tutela previdenziale e dei relativi obblighi); per il resto vale invece il principio che tutte le attività

---

#### **Note:**

(4) Cass., sez. lav., 17 novembre 2004, n. 21759 «In tema di rapporto di lavoro alle dipendenze di una società di capitali, come non sussiste alcuna incompatibilità di principio tra la qualità di componente (non unico) dell'organo di gestione e quella di lavoratore subordinato alle dipendenze della società, allo stesso modo non vi sono ostacoli alla configurabilità di un siffatto rapporto fra la società e il socio titolare della maggioranza del capitale sociale, neppure quando la percentuale del capitale detenuto corrisponda a quella minima prevista per la validità delle deliberazioni dell'assemblea, attesa la sostanziale estraneità dell'organo assembleare all'esercizio del potere gestorio e non essendo ragionevole considerare di per sé irrilevante, al fine di escludere il rapporto di subordinazione, la partecipazione diretta del lavoratore all'organo investito di un siffatto potere e ritenere invece ostativa la partecipazione indiretta e mediata alle scelte societarie attraverso il potere di nominare i soggetti che hanno il compito di effettuarle, ferma restando, comunque, la non configurabilità di un rapporto di lavoro con la società quando il socio (a prescindere dalla percentuale di capitale posseduto e dalla formale investitura a componente dell'organo amministrativo) abbia di fatto assunto, nell'ambito della società, l'effettiva ed esclusiva titolarità dei poteri di gestione».

(5) In tal senso ha più volte deciso la Corte d'Appello di Bologna 2007/370, inedita: «Ed infatti, le varie e molteplici attività lavorative autonome, a differenza di quella svolta in regime di subordinazione, non possono distinguersi sulla base di quest'ultima connotazione - che assorbe e rende irrilevante ogni problema concernente l'intrinseco contenuto delle diverse attività cui inerisce - e pongono una serie di problemi classificatori di non sempre agevole soluzione, anche a fronte della molteplicità dei regimi contributivi previsti per le stesse. È quindi del tutto plausibile che solo in ordine a tali attività, individuandone l'elemento caratterizzante nell'autonomia con cui sono espletate, il legislatore abbia sancito la regola dell'esclusione della doppia contribuzione: per favorire la piena attuazione delle novità introdotte nella relativa disciplina previdenziale ed in attesa di poterne verificare gli esiti nella prospettiva di una armonica ricomposizione dell'intero sistema, che consenta di eliminare le diversità e gli squilibri che ancora permangono e che determinano le differenze tra i vari regimi contributivi, le quali, a loro volta, si riflettono nella disparità delle prestazioni».



produttive di reddito devono essere iscritte alle diverse gestioni interessate.

### Gestione prevalente e redditi imponibili

Dalla tesi sostenuta dall'Inps sulla iscrizione ad una duplice gestione discende che i redditi percepiti dal lavoratore socio amministratore di S.r.l. debbano essere assoggettati ad una duplice imposizione (nella gestione commercianti e nella gestione separata); mentre secondo la Corte di Cassazione bisogna assoggettarli in una sola gestione (quella prevalente). Non è indifferente stabilire in quale gestione, perché potrebbe cambiare l'aliquota; e neppure è indifferente sapere se l'assoggettamento nell'unica gestione si operi su tutti o su una parte dei redditi percepiti dal lavoratore; perché assoggettando tutti i redditi si allarga la base imponibile.

I timori (che alcuni redditi sfuggano all'imposizione contributiva), da cui muove la tesi dell'Inps sembrano però infondati; ed anzi, alla luce della giurisprudenza della Cassazione, sembrano dar vita una posizione incoerente e controproducente. In tutte le sentenze in cui nega la possibilità della doppia iscrizione, la Corte di Cassazione non afferma che i redditi da imputare all'attività meno rilevante non siano da assoggettare a contribuzione; al contrario, dice che tutti i redditi percepiti dal socio (sia come amministratore che come socio) "si sommano" ai fini del loro assoggettamento nella gestione prevalente (secondo la lettura più plausibile dell'inciso).

Si tratta di un breve passaggio delle sentenze della Suprema Corte, che appare però determinante ai fini dell'esatta comprensione e dell'esito del contenzioso (con conclusioni abbastanza paradossali e rovesciamento delle posizioni in campo) (6).

La Cassazione non spiega in quel passaggio cosa comporti questa necessità di sommare i redditi; ma, secondo la sua più logica lettura, quel *dictum* non può voler dire altro se non che tutti i redditi percepiti si assoggettino nell'unica gestione prevalente. Se così è, anche dopo l'unica iscrizione del socio amministratore di S.r.l., tutti i suoi redditi devono rimanere assoggettati; ed il più delle volte lo saranno nella gestione più onerosa (quella dei commercianti) essendo questa quella che (in concreto, nella maggior parte dei casi) viene ritenuta prevalente. Se così è, l'Inps continua a dunque a sostenere una posizione che, al contrario di quanto sembra, rischia di danneggiarlo, per lo meno nell'ipotesi in cui i due redditi imponibili superino nella loro sommatoria il minimale contributivo imponibile.

In tale ipotesi, tutte le preoccupazioni che avevano ispirato le varie posizioni, pro e contro la doppia

iscrizione, sembrano singolarmente rovesciarsi. Chi si opponeva alla pretesa dell'Inps di una doppia assicurazione contestava infatti che si dovesse assoggettare sia il reddito percepito come amministratore che come socio (in base agli utili ed in mancanza in misura fissa); difendeva nella sostanza la pretesa ad una esenzione contributiva dei redditi percepiti nell'esercizio di una delle due attività (quella non prevalente); ed aveva a cuore che non si ampliasse il prelievo contributivo a carico di una attività che fino al 1995 non era assoggettata ad alcuna assicurazione.

Questa stessa tesi, nella versione poi accolta dalla Cassazione, avrebbe però portato in concreto ad un aggravamento del prelievo contributivo, se è vero che tutti i redditi devono essere sommati ed assoggettati pur nella unica gestione prevalente (quando questa è quella dei commercianti ed i redditi superino nel complesso il tetto del minimale).

Risulterebbe così sbagliato anche quanto disposto da quei giudici che, stabilito che occorra pagare all'unica gestione (ad es. commercianti), ordinano la restituzione dei contributi pagati alla gestione residuale (oppure dispongono la compensazione parziale). Alla luce della giurisprudenza della Cassazione si tratta di un errore, perché non solo gli stessi contributi non vanno restituiti, ma debbono essere semmai integrati con ulteriori versamenti, quando essi siano stati pagati in base ad una aliquota inferiore (ad es. nella gestione separata) rispetto a quella valevole nella gestione commercianti ritenuta prevalente.

### L'ordinanza n. 6327/2009 della Cassazione

Recentemente la questione dell'attività prevalente è tornata d'attualità a seguito dell'ordinanza del 16 marzo 2009, n. 6327 con cui la Corte di Cassazione Sezione Lavoro ha rimesso al atti al Primo Presidente ai sensi dell'art. 374 c.p.c. per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, allo scopo di risolvere un asserito contrasto interpretativo in merito al rapporto tra i commi 203 e 208 della L. n. 662/1996 in punto di iscrizione alla gestione prevalente del socio

#### Nota:

(6) Cfr. ad es.: Cass. n. 20886/2007, ove viene precisato che mentre non sussiste «il pericolo d'una duplice contribuzione a fronte d'una sola fonte di reddito, sussiste invero la necessità - come il ricorrente riconosce - di sommare i redditi». Cass. n. 854/2008: «il pericolo di una duplice contribuzione a fronte d'una sola fonte di reddito non sussiste (sussiste invero la necessità di sommare i redditi)»; Cass. n. 13215/2008: «Né, come ha osservato la citata sentenza 20886/07, sussiste il pericolo di una doppia contribuzione a fronte di una sola fonte di reddito, dovendosi i redditi sommare».

amministratore di S.r.l. che eserciti attività commerciale.

Si tratta di una raffinata questione, priva forse di ricadute pratiche; sollevata, in mancanza di un contrasto tra le Sezioni semplici (di cui l'ordinanza ritiene peraltro l'esistenza), e sottoposta comunque all'esame delle Sezioni Unite anche perché è stata ravvisata nella questione di diritto oggetto della causa una questione di particolare importanza.

Per capire l'ordinanza è utile delimitare bene l'oggetto della questione rimessa alla Sezioni Unite, procedendo per esclusione. Per intendersi: non si è chiesto alle Sezioni Unite di dire se il socio di S.r.l. commerciale (o il lavoratore autonomo esercente attività commerciali) in caso di contemporanea attività come amministratore di società (o di espletamento di una seconda attività) debba essere iscritto a due gestioni (gestione separata e gestione commercianti) o ad una unica gestione. Non si è chiesto nemmeno di dire se la regola stabilita dalla L. n. 335/1995 (art. 2, comma 26), sulla non esclusività della gestione separata, possa conservare ancora uno spazio applicativo nel rapporto con la gestione commercianti. Non si è chiesto neppure di dire se il criterio di prevalenza valga in tutte le direzioni, in qualsiasi gestione oltre che in quelle relative all'attività autonome dove la legge sembra confinarlo. Non si è chiesto alle Sez. Unite di chiarire come debba avvenire la sommatoria dei redditi diversi in una unica gestione (se si paga su tutto e secondo quali regole ed aliquote).

Non si è chiesto alle Sez. Unite di pronunciarsi su tutto ciò, come si vede leggendo l'ordinanza, perché su questi punti non vi sono contrasti; tutte le sentenze della Corte di Cassazione, anche quelle citate nell'ordinanza di rimessione, dicono che il socio di S.r.l. si debba scrivere ad un'unica gestione (che non può poi essere che quella prevalente).

Dov'è allora il contrasto all'interno della Cassazione e cosa si è chiesto alle Sezioni Unite?

Alle Sezioni Unite si è chiesto di stabilire se il comma 203 sia una norma speciale rispetto al comma 208, talché debba risultare sempre necessariamente prevalente l'iscrizione alla gestione commercianti; oppure se nel caso di un socio amministratore di S.r.l. che sia iscritto alla gestione commercianti possa valere la regola generale della prevalenza accertata in concreto dall'Inps e stabilita appunto dal comma 208.

Si è chiesto in altri termini di stabilire se per il socio amministratore di S.r.l. l'attività prevalente commerciale debba essere affermata automaticamente ai sensi del comma 203 oppure verificata in concreto ai sensi del comma 208.

Su tale fattispecie (del socio di S.r.l. che partecipi all'attività commerciale della società e nel contempo eserciti l'attività di amministratore) esisterebbe, secondo la medesima ordinanza di rimessione, un indirizzo maggioritario in base al quale il socio debba essere iscritto solo alla gestione commercianti se l'attività commerciale sia abituale e prevalente (Cass. n. 4678/2008?; Cass. n. 854/2008?); ciò in base all'art. 1, comma 203 che è norma speciale e si riferisce solo ai commercianti (ai fini della cui iscrizione alla gestione commercianti richiede che il lavoro sia prevalente ed abituale). Così che nel momento in cui si sceglie la gestione commercianti si rimane assoggettati alla stessa perché prevalente. Non si potrebbe invece applicare il comma 208 dell'art. 1 della legge, il quale detta una norma generale per stabilire che qualsiasi lavoratore autonomo (non commerciante) in ipotesi di svolgimento di varie attività autonome debba essere iscritto ad un'unica gestione assicurativa quella relativa all'attività prevalente da essi svolta.

Secondo la stessa ordinanza della Cassazione, esisterebbe poi un'altra tesi minoritaria secondo cui il comma 208 è ipotesi da riferire a tutti i soggetti che esercitano varie attività autonome (anche commerciali), compresi i lavoratori autonomi di cui alla L. n. 335 ed i commercianti di cui al comma 203 della L. n. 662 (in questo senso Cass. n. 1325/2008, citata nell'ordinanza di rimessione.) Perciò non ci sarebbe contrasto tra i due commi dell'art. 1; al contrario il primo riguarda gli esercenti attività commerciali; il secondo comprende tutti i lavoratori autonomi (compresi i commercianti). Dunque per risolvere il problema dell'identificazione della gestione prevalente si dovrebbe applicare la norma dell'art. 1, comma 208 il quale impone all'Inps di identificare l'attività prevalente.

Il problema sollevato dall'ordinanza in commento pare però francamente insussistente, non solo perché non sembra che sussistano i due cennati orientamenti contrapposti; ma anche perché in caso di contestazione (che si faccia applicazione del comma 203 o del comma 208) si impone sempre e comunque una verifica in concreto di quale sia effettivamente l'attività prevalente; e si porrà soltanto (nell'applicazione dell'uno come dell'altro comma) il problema dell'onere della prova e del valore che eventualmente riveste la richiesta del lavoratore di essere iscritto alla gestione commercianti (contenente perciò necessariamente la dichiarazione di essere un socio che «partecipa personalmente al lavoro aziendale con carattere di abitudine e prevalenza»).

In altri termini, quand'anche si escludesse l'applicabilità del comma 208 che pone a carico dell'Inps la verifica della prevalenza, il problema di accertare la presenza di questo requisito si porrebbe comunque, come portato del principio di effettività che governa la materia previdenziale; talché un lavoratore non può rimanere vincolato alla propria richiesta di iscrizione alla gestione commercianti (nella quale sostiene di partecipare al lavoro con carattere di abitualità e prevalenza) se poi in concreto viene dimostrato che la sua attività prevalente sia un'altra. Si potrebbe allora dire che con l'ordinanza in questione - fermo restando l'inammissibilità della doppia iscrizione, su cui non c'è e non c'è stato alcun contrasto in Cassazione - la Corte abbia voluto porre in realtà un problema non tanto di natura sostanziale, ma soltanto di natura probatoria (riferito cioè al valore della dichiarazione del socio di S.r.l. che chiede di essere iscritto alla gestione commercianti); anche se va rilevato che neppure su questo punto si è mai registrato un contrasto nella giurisprudenza della Suprema Corte (tanto meno tra le stesse sentenze indicate come espressione di contrapposti orientamenti).

## La questione dell'onere di allegazione e prova (chi prova cosa)

Proprio questa considerazione consente di approntare un'ultima riflessione sugli aspetti probatori dell'iscrizione nella gestione previdenziale.

Ovviamente il problema della ripartizione dell'onere probatorio va regolato differentemente a seconda del soggetto che agisce in giudizio e della domanda che viene formulata, in base al principio generale desumibile dall'art. 2697 c.c. secondo cui l'attore deve fornire la prova dei fatti costitutivi della pretesa azionata in giudizio, mentre il convenuto deve provare i fatti estintivi, modificativi e impeditivi.

La giurisprudenza ha da sempre ritenuto che la iscrizione nella gestione previdenziale consegua automaticamente, in virtù della legge, a quelle che sono le connotazioni obiettive della fattispecie e che perciò l'iscrizione nella gestione effettuata dall'Inps è solo un atto dichiarativo di una situazione già venuta in essere *ope legis* (7). È perciò riconosciuta la possibilità di agire in giudizio avverso una iscrizione non conforme a legge (8) fornendo elementi probatori capaci di superare la presunzione derivante dall'iscrizione. Il provvedimento di iscrizione nella gestione ha infatti solo valore presuntivo dell'esistenza delle condizioni di legge e produce nel giudizio l'effetto di invertire l'onere della prova, potendo costituire una presunzione a favore di chi se ne avvale

(solitamente l'Inps), ovviamente suscettibile di prova contraria da parte dell'interessato.

Perciò il soggetto che agisce in giudizio per ottenere l'applicazione dei contributi per un determinato settore (o per l'iscrizione in un determinato fondo previdenziale), deve dimostrare di possedere i requisiti propri dell'impresa per la quale chiede l'iscrizione. La prova viene fornita attraverso il documento che attesta l'iscrizione nell'albo delle imprese di quel determinato settore; e tuttavia, l'indicata iscrizione costituisce una presunzione semplice che può essere vinta dalla prova contraria.

Se questo vale per l'iscrizione nell'unica gestione, come si pone la questione quando bisogna decidere tra più gestioni tra le quali individuare la prevalente, in relazione alla più complessa o articolata attività di un soggetto? Chi deve provare cioè l'attività prevalente?

Fuori dal giudizio, come dice l'art. 1, comma 208, è l'Inps a dover decidere quale sia l'attività prevalente. Peraltro sarà poi solitamente l'Inps a pretendere i contributi per la gestione che considera prevalente, anche nel relativo giudizio sarà sempre l'Inps che dovrà allegare le circostanze di fatto necessarie e for-

### Note:

(7) Come scrive D. Mesiti, *L'individuazione dell'attività prevalente ai fini contributivi e l'onere probatorio*, in questa Rivista, 2009, 730 ss., si tratta di un'atto ricognitivo di un fatto già verificatosi e sul quale l'Inps non ha potere d'intervento; i criteri di inquadramento del soggetto tenuto al versamento dei contributi previdenziali sono regolati esclusivamente dalla legge e nella loro applicazione l'Inps non ha alcuna discrezionalità.

(8) Cass., sez. lav., 21 settembre 2006, n. 20443: «L'impresa che agisce in giudizio per ottenere l'applicazione dei contributi previsti per il settore artigiano, negando che siano dovuti, invece, quelli per il settore industriale, ha l'onere di dimostrare di possedere i requisiti propri delle imprese artigiane e la prova deve essere fornita innanzitutto con il documento che ne attesti l'iscrizione nell'albo delle imprese artigiane, fermo restando che il giudice del merito, a fronte della prova contraria eventualmente fornita dall'ente previdenziale, non può limitarsi a decidere la causa in base al semplice riscontro dell'esistenza dell'iscrizione nell'albo, ancorché non impugnata in sede amministrativa e giudiziaria, ma deve pervenire alla decisione all'esito della valutazione comparativa e del prudente apprezzamento di tutti i contrapposti elementi probatori acquisiti alla causa». Cass., sez. lav., 3 agosto 2005, n. 16271: «L'atto di riconoscimento di debito non è soggetto a particolari requisiti formali, non esige formule speciali e può risultare da qualsiasi atto che implichi univocamente, anche in maniera non esplicita, l'ammissione dell'altrui diritto. La valutazione operata dal giudice di merito circa l'idoneità di un determinato atto ad integrare un riconoscimento interruttivo della prescrizione è incensurabile in sede di legittimità, ove adeguatamente motivata. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto immotivata la decisione di merito secondo la quale dalla richiesta di iscrizione alla gestione speciale commercianti, priva dell'indicazione dell'inizio dell'attività di commercio, discendevano automaticamente il riconoscimento di un debito contributivo, il conseguente diritto all'Inps ai contributi in relazione al periodo di attività non denunciata, l'idoneità ad interrompere la prescrizione)».

nire la prova idonea a dimostrare quanto allegato. Venendo qui in questione più iscrizioni effettuate in gestioni diverse, l'Inps neppure potrà avvalersi della presunzione derivante dall'iscrizione ad una singola gestione. Inoltre la mera dichiarazione dell'interessato di svolgere una prevalente attività commerciale (spesso, e soprattutto all'indomani della L. n. 662/1996, presentata in via "precauzionale", come atto dovuto, in quanto espressione d'un obbligo imposto dalla legge per i soci lavoratori delle società a responsabilità limitata) non può ritenersi vincolante, né tanto meno può avere valore confessorio (9). Proprio su questo punto la Cassazione ha sempre osservato che la dichiarazione - contenuta nella richiesta di iscrizione nell'elenco degli esercenti attività commerciale ex L. n. 662 del 1996 - di svolgere la attività con carattere di abitudine e prevalenza, in quanto domanda di iscrizione per i soci lavoratori delle società a responsabilità limitata, configura un mero adempimento di un obbligo di legge ed il suo oggetto non concretizza un fatto da far valere contro il dichiarante, sicché non sussiste un suo valore confessorio (Cass. n. 854/1008) (10).

Quello che afferma l'interessato nella domanda di iscrizione non può essere mai preclusivo nel giudizio non soltanto perché, come dice la Cassazione, mancherebbe un intento confessorio; quanto per il principio di indisponibilità e di effettività della previdenza, in base ai quali l'attività prevalente non deve essere solo affermata ma deve essere riscontrata in concreto. Se un soggetto volesse precostituirsi una posizione contributiva fittizia dichiarando di partecipare con prevalenza all'attività commerciale o dichiarando di essere dipendente della società e questo non fosse vero, è pacifico che l'Inps debba annullare l'iscrizione alla gestione commercianti o lavoratori dipendenti e restituire gli eventuali contributi indebitamente incassati, senza essere vincolato alla dichiarazione dell'interessato. Occorre allora concludere che la prevalenza deve essere provata dall'Inps tutte le volte in cui l'Istituto pretenda la contribuzione come effetto derivante dalla individuazione dell'unica gestione prevalente. Perciò se un soggetto è iscritto solo nel fondo Gestione separata di cui alla L. n. 335/95 e l'Inps chiede il pagamento di contributi per il settore commercio l'onere di provare i fatti (la prevalenza dell'attività commerciale) sarà da porre esclusivamente a carico dell'Inps. Vero è che il soggetto può essere già iscritto a due gestioni oppure l'Inps potrà iscrivere d'ufficio il soggetto nel fondo ritenuto prevalente; ma anche in questo caso non basterà provare l'iscrizione, che non avrà valore di presunzione o di inversione dell'onere

della prova; siccome il debito contributivo nasce qui non da una iscrizione (o dalla dichiarazione) ma dalla prevalenza di una gestione sull'altra, di cui sarà sempre l'Inps a dover dare la prova in concreto, senza che il privato rimanga imbrigliato alla propria dichiarazione.

Il soggetto privato che si faccia attore dovrà invece provare lui la prevalenza soltanto se sostiene di aver diritto di essere iscritto ad una gestione e presenti domanda in tal senso che non sia accolta dall'Inps; oppure se agisce in prevenzione e contesti la doppia iscrizione effettuata dall'Inps.

Deve ritenersi possibile che in caso di contestazione il soggetto tenuto al versamento dei contributi possa esercitare un'azione tendente ad ottenere una sentenza, meramente dichiarativa, che accerti ed individui il settore lavorativo in cui deve essere ricondotta l'attività dallo stesso esercitata ed il relativo fondo previdenziale nel quale devono essere versati i contributi. In questi casi, secondo la regola generale di cui all'art. 2697 c.c., sarà il soggetto che agisce in giudizio a dover provare l'attività lavorativa svolta, limitandosi, per il caso in cui chiede l'iscrizione in base alle risultanze del Registro delle Imprese, a produrre certificazione attestante l'inserimento nell'indicato registro, nel settore lavorativo per il quale chiede l'iscrizione. Ove, invece, dovesse chiedere l'iscrizione in un fondo diverso da quello corrispondente all'iscrizione nel registro delle imprese o da quello ritenuto dall'Ente previdenziale con provvedimento formale, corrispondente all'attività prevalentemente svolta, dovrà fornire, con altri mezzi istruttori, e senza limiti, la prova dell'attività effettivamente svolta per vincere la presunzione (semplice) di svolgimento dell'attività lavorativa per cui è iscritto.

---

### Note:

(9) Può capitare talvolta un soggetto che eserciti più attività, il quale supponendo di doversi iscrivere a tutte le gestioni presenti domande in tal senso (è quanto avvenuto all'inizio dell'applicazione della L. n. 662/1996 perché nell'incertezza di dover pagare sanzioni ed interessi, molti soci amministratori di srl hanno presentato domanda di iscrizione alla gestione commercianti dichiarando ovviamente di partecipare al lavoro aziendale con abitudine e prevalenza per accedere alla stessa gestione). Può questa dichiarazione ritenersi sufficiente a sollevare l'Inps dall'onere della prova di dimostrare la stessa prevalenza in giudizio, in quel giudizio dove lo stesso privato contesti *ex post* di doversi iscrivere alla gestione commercianti?

(10) Cass. n. 13125/2008: «Le dichiarazioni contenute nella domanda di iscrizione nell'elenco dei soci lavoratori delle società a responsabilità limitata esercenti attività commerciale costituiscono adempimento di un obbligo di legge e non hanno pertanto valore confessorio, non trattandosi di dichiarazioni di fatti a sé sfavorevoli e favorevoli all'Istituto previdenziale».



### Iscrizione alla gestione, mancato inizio o cessazione dell'attività

Siccome l'iscrizione in una gestione ha un valore puramente presuntivo delle esistenza delle condizioni previste dalla legge per l'iscrizione alla gestione assicurativa (le quali non possono che essere l'effettivo esercizio dell'attività che comporta l'iscrizione), l'Inps non può pretendere l'assolvimento delle obbligazioni contributive (nemmeno sui minimi) in presenza della prova che dopo l'iscrizione alla Camera di Commercio, cui consegua quella alla gestione commercianti, il soggetto non abbia esercitato la stessa attività (o ne abbia esercitato altra).

L'iscrizione alla C.C.I.A.A. integra soltanto una mera presunzione di debenza dell'obbligazione contributiva, con salvezza della prova contraria (11).

Analoghi principi vanno applicati in relazione alla questione dell'estinzione dell'obbligo contributivo, che consegue alla reale cessazione dell'attività, indipendentemente dalla formale cancellazione. Indipendentemente dalla notificazione all'Inps la cessazione dell'attività commerciale o di quella artigiana comporta l'estinzione dell'obbligo di versare i relativi contributi dalla data della stessa cessazione (12).

Tuttavia l'iscrizione negli elenchi e il suo mantenimento possono costituire una presunzione semplice di continuazione dell'attività lavorativa, in quanto chiari indizi di svolgimento attuale della corrispondente attività professionale, sia pure suscettibili di essere smentiti da una prova contraria.

#### Note:

(11) I medesimi principi (insufficienza dell'iscrizione e necessità della attività) si evincono anche dalla giurisprudenza che si è pronunciata nella materia. Ad es. con sentenza n. 1627/2005 la Corte di Cassazione ha censurato, giudicando del tutto immotivata, l'affermazione del giudice di merito secondo cui dalla richiesta di iscrizione alla gestione discenderebbe automaticamente il riconoscimento di un debito contributivo, essendo invece necessario allo scopo accertare lo svolgimento dell'attività.

(12) Come riconosciuto da Cass., 24 luglio 1996, n. 6625: «In materia di previdenza a favore degli artigiani e dei commercianti, a seguito dell'abrogazione tacita, da parte dell'art. 12 della legge n. 155 del 1981 - che ha eliminato la riscossione dei contributi mediante ruoli -, delle disposizioni di cui agli artt. 36, secondo comma, della L. n. 1397 del 1960 e 2, quarto comma, del D.P.R. n. 266 del 1957, la cessazione dell'attività commerciale o di quella artigiana comporta l'estinzione dell'obbligo di versare i relativi contributi dalla data della stessa cessazione, indipendentemente dalla notificazione dell'evento prevista ai fini della cancellazione dall'elenco dei prestatori della specifica attività autonoma».

## ON-LINE

## Il Quotidiano Ipsoa

*Professionalità quotidiana*

**Autori:** AA.VV.

IL **Quotidiano Ipsoa** è un prodotto inedito, che deve la sua unicità soprattutto alla trasversalità delle materie trattate, garantendo ogni giorno informazioni multidisciplinari per i professionisti:

- le **materie**: fisco, diritto, lavoro e previdenza, bilancio e società, economia, finanziamenti e mercati;
- **due newsletter**: l'anteprima del mattino con le notizie utili per organizzare la giornata lavorativa; l'edizione del pomeriggio con tutti gli approfondimenti e i commenti d'autore legati alle principali novità;
- la **rassegna stampa** con collegamenti d'autore tra gli articoli più importanti tratti dalla stampa specializzata;



- lo **scadenziario**, la **Gazzetta Ufficiale**, il **motore di ricerca** efficace e dettagliato.

Ogni area tematica propone le news del giorno più importanti corredate dal **commento degli autori** e si completa con contenuti specifici: **osservatorio di giurisprudenza**, **dati tabellari**, **rinnovi CCNL**.

**Abbonamento annuale:** € 250,00

#### Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**  
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** ([www.ipsa.it/agenzie](http://www.ipsa.it/agenzie))
- **<http://ipshop.ipsa.it>**



Pubblico impiego privatizzato

# La progressione in carriera dei dipendenti pubblici prima e dopo la “riforma Brunetta”

di **Dionisio Serra** - *Avvocato*  
e **Luca Busico** - *Vicedirigente dell'Università di Pisa (\*)*

Nel pubblico impiego privatizzato i contratti collettivi della tornata 1998-2001, dopo aver abolito il sistema delle qualifiche funzionali ed introdotto il nuovo sistema delle “categorie” e delle “posizioni economiche”, hanno previsto due tipi di progressione di carriera: quello orizzontale (a carattere esclusivamente economico all'interno di ogni area o categoria) e quello verticale (tra le aree o categorie e comportante il passaggio da un'area alla posizione iniziale dell'area immediatamente superiore). La L. n. 421 del 1992, che aveva avviato il processo di privatizzazione del pubblico impiego, aveva, però, escluso la competenza in materia della contrattazione collettiva. Con la “riforma Brunetta” (L. n. 15 del 2009 e D.Lgs. n. 150 del 2009) si assiste alla ripubblicizzazione della materia ed, in particolare, alla soppressione delle progressioni verticali.

## Privatizzazione del lavoro pubblico: progressioni orizzontali e verticali

Come è noto, il punto di partenza del processo di privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico è costituito dalla L. 23 ottobre 1992, n. 421, contenente delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale (1).

L'art. 2, comma 1, lett. c di tale legge include tra le sette materie riservate espressamente alla legge ed alle fonti normative secondarie quella relativa ai “procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro”, che risulta così sottratta alla contrattazione collettiva ed alla disciplina privatistica. L'esclusione della materia relativa al reclutamento del personale pubblico dal processo di privatizzazione, come è stato evidenziato (2), rappresenta una scelta di politica del diritto del legislatore delegato finalizzata ad una rigida applicazione del principio costituzionale di riserva di legge di cui all'art. 97 Cost., in base al quale la limitazione alla legge ed ai regolamenti della disciplina concernente le procedure di reclutamento garantiscono il rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa.

La dottrina espresse numerose critiche nei confronti della scelta legislativa (3), evidenziando, da un la-

to, come l'art. 97 Cost., pur prescrivendo l'obbligo del concorso, non rimette obbligatoriamente alla legge la disciplina delle modalità di reclutamento, che può essere, pertanto, attribuita all'autonomia collettiva, dall'altro come l'insanabile contraddizione che caratterizza la riforma del lavoro pubblico, in

### Note:

(\*) Premesso che le opinioni espresse nel presente articolo sono state elaborate e condivise da entrambi gli Autori, si specifica che la stesura dei paragrafi primo e terzo è stata curata da Luca Busico, mentre quella del paragrafo secondo da Dionisio Serra.

(1) Sulla L. n. 421 del 1992, cfr.: Ghezzi, *La legge delega per la riforma del pubblico impiego*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, I, 544; Papadia, *La delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di pubblico impiego*, in *Comuni d'It.*, 1992, 1779; Buoncristiano, *Delega al Governo sulla riorganizzazione del pubblico impiego*, in *Nuova rass.*, 1992, 2137. È interessante ricordare che il disegno di legge delega per la privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico era stato valutato in modo critico dal Consiglio di Stato con il parere dell'Adunanza Generale n. 146/92 del 31 agosto 1992, in *Foro it.*, 1993, III, 4, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, III, 20 con nota di Albanese.

(2) Cfr. Gentile, *Commento art. 35 del D.lgs. n. 165 del 2001*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro*, a cura di Amoroso, di Cerbo, Fiorillo, Maresca, III, *Il lavoro pubblico*, Milano, 2004, 273.

(3) Cfr.: Orsi Battaglini, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1993, 470; Maresca, *La trasformazione del rapporto di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, ivi, 1996, 204; Fiorillo, *Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili*, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, a cura di Carinci, D'Antona, II ed., Milano, 2000, 1033.

cui coesistono materie soggette all'atto unilaterale (diritto pubblico) e materie soggette all'atto negoziale (diritto privato), abbia dato vita ad una privatizzazione ibrida, monca ed incoerente.

Tali critiche, pur fondandosi su solidi argomenti giuridici, sembrano, ad avviso di scrive, essere fortemente condizionate dalle cattive prove spesso date in concreto dai procedimenti concorsuali, per i tempi lunghi e dispendiosi, per l'eccessiva quantità delle regole formali e per la diffusa pratica delle raccomandazioni. Ma la soluzione adottata dal legislatore non poteva essere diversa, a meno di non procedere ad una modifica dell'art. 97 Cost., il quale, nel fissare la regola del concorso come modalità di accesso al pubblico impiego, salvo i casi stabiliti dalla legge, presuppone necessariamente che sia la legge a regolare sia il concorso sia gli strumenti alternativi.

La L. n. 421 del 1992, come evidenziato in precedenza, ha demandato la materia del reclutamento alle fonti unilaterali pubblicistiche senza concedere alcun spazio alla contrattazione collettiva, ma le successive normative hanno aperto una serie di brecce in tale muro apparentemente invalicabile.

L'art. 17, comma 111 della L. 15 maggio 1997, n. 127 (nota come *Bassanini bis*), come modificato dall'art. 1, comma 15 della L. 14 gennaio 1999, n. 4, ha disposto che le norme che disciplinano l'accesso al pubblico impiego sono integrate, in sede degli accordi di comparto previsti dall'art. 51 del D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni, con le modalità di cui all'art. 50 del medesimo decreto, al fine di tenere in considerazione le professionalità prodotte dai diplomi universitari, dai diplomi di scuole dirette a fini speciali, dai diplomi di laurea, dai dottorati di ricerca e dai diplomi delle scuole di specializzazione, nonché dagli altri titoli di cui al comma 95, lett. a.

L'art. 56 del D.Lgs. n. 29 del 1993, come sostituito dall'art. 25 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e successivamente modificato dall'art. 15 del D.Lgs. 29 ottobre 1998, n. 387, nel dettare la disciplina delle mansioni (4), ha previsto al comma 1 che il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi, ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive. Tale disposizione riconosce alla contrattazione collettiva il potere di procedere ad una revisione del sistema di classificazione del personale ed al pubblico dipendente la possibilità di progressione in carriera a seguito di

processi di sviluppo professionale o di procedure selettive.

I contratti collettivi di lavoro per il quadriennio 1998-2001, dopo aver abolito il sistema delle qualifiche funzionali (artt. 1, 3 e 10 della L. 11 luglio 1980, n. 312) ed introdotto il nuovo sistema delle "categorie" e delle "posizioni economiche" (5), hanno previsto due tipi di progressione di carriera, quello orizzontale e quello verticale (art. 15, Ccnl Ministeri, art. 4 Ccnl Regioni enti locali; art. 15 Ccnl Parastato; art. 32 Ccnl Scuola). Il primo, a carattere esclusivamente economico, si svolge all'interno di ogni area o categoria e comporta che a ciascuna posizione acquisita corrisponda un incremento del trattamento retributivo; il secondo avviene, invece, tra le aree o categorie e comporta il passaggio da un'area alla posizione iniziale dell'area immediatamente superiore. Per entrambe le progressioni i contratti collettivi prevedono l'espletamento di procedure selettive, a carattere più concorsuale nelle verticali e più ricognitivo dello stato di servizio nelle orizzontali (6), le cui concrete modalità sono demandate alla contrattazione integrativa. Quest'ultima, in molti casi concreti, ha stravolto o aggirato le previsioni della contrattazione nazionale, dando vita a procedure caratterizzate dalla scarsa selettività e dalla promozione in massa dei dipendenti (7). Anche la dottrina lavoristica più favorevole a letture non rigide dell'art. 97 Cost. ha dovuto ammettere come le norme sulle progressioni professionali mirano alla riproposizione del fenomeno, in passato creatosi con numerose leggi, dello scivolamento verso l'alto di porzioni enormi di personale, senza emulare il settore privato, ove solitamente avanzano coloro che sono per l'imprenditore difficilmente sostituibili (8).

#### Note:

(4) Sulla disciplina delle mansioni nel pubblico impiego contrattualizzato, cfr.: Marinelli, *Le mansioni nel pubblico impiego*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, I, 491; Campanella, *Mansioni e jus variandi nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 49; Liebman, *La disciplina delle mansioni nel lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 627; Lanotte, *Spunti ricostruttivi su mansioni e professionalità nel lavoro pubblico "privatizzato"*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 362.

(5) Cfr.: Sgarbi, *Inquadramento, attività esigibili e progressione professionale nelle amministrazioni pubbliche*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 71; Ricciardi, *I nuovi sistemi di classificazione del personale nei rinnovi contrattuali 1998-2001*, *ivi*, 263.

(6) Cfr.: Pozzi, *Principi concorsuali e progressioni verticali dei pubblici dipendenti*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 181; Alessi, *Le progressioni verticali: caratteri fisionomici e lineamenti giurisprudenziali*, in *Amm. it.*, 2006, 326.

(7) Cfr. Talamo, *Contratti integrativi delle pubbliche amministrazioni e progressioni professionali: un bilancio*, in *Dir. amm.*, 2001, 557.

(8) Cfr. Sgarbi, *Le procedure per la progressione di carriera dei dipendenti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 280.

Il fenomeno sinteticamente descritto di appropriazione ad opera della contrattazione collettiva della materia dei procedimenti di assunzione e di progressione in carriera dei dipendenti pubblici, seppur in linea con il processo di privatizzazione dell'impiego pubblico, ingenerava più di un dubbio di conformità alle norme costituzionali (artt. 51, 97 e 98 Cost.) ed all'interpretazione delle stesse data della Corte Costituzionale, la quale in diverse occasioni (9) ha ricordato che il passaggio del dipendente pubblico ad una fascia funzionale superiore, poiché comporta l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate, costituisce una forma di reclutamento da equiparare al primo accesso all'impiego, dichiarando, pertanto, dichiarando di conseguenza l'illegittimità costituzionale di disposizioni di legge statali o regionali, che prevedevano una riserva integrale o quasi dei posti disponibili in una data qualifica e messi a concorso per il personale interno di determinate amministrazioni pubbliche.

L'indirizzo della Consulta è stato recepito dalla Suprema Corte di Cassazione (10), che, a partire dalla nota sentenza n. 15403 del 2003 (11), ha affermato che le progressioni verticali comportano un accesso ad una nuova carriera e la conseguente giurisdizione del giudice amministrativo nelle relative controversie (12).

Significativa, a tal proposito, era stata anche l'interessante ed articolata sentenza del TAR Lazio n. 12370 del 2004 (13), avente ad oggetto una procedura bandita dal Ministero della Giustizia riservata al personale appartenente all'area C per l'accesso alla posizione economica C3, che aveva dichiarato la nullità delle disposizioni collettive regolanti le progressioni in carriera per "impossibilità giuridica dell'oggetto", ai sensi degli artt. 1346 e 1418 c.c.

### **"Riforma Brunetta": ripubblicizzazione della materia**

All'inizio dell'anno 2009 è stata emanata la L. 4 marzo 2009, n. 15, recante delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e all'efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei Conti (14), che ha avviato la c.d. "Riforma Brunetta" del lavoro pubblico. L'art. 5 di tale legge contiene l'indicazione di principi e criteri finalizzati a favorire il merito e la premialità, tra i quali la selettività e la concorsualità con riferimento alle progressioni di carriera (15). È, quindi, intervenuto il de-

creto di attuazione di attuazione della L. n. 15 del 2009, ossia il D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

Occorre, anzitutto, rilevare che l'art. 40, comma 1 del D.Lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 54 del D.Lgs. n. 150 del 2009, sottrae esplicitamente alla competenza della contrattazione collettiva le materie di cui all'art. 2, comma 1, lett. c della L. n. 421 del 1992, tra cui figura quella relativa ai "procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro".

#### **Note:**

(9) Cfr.: C. Cost., 4 gennaio 1999, n. 1, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, 119, con nota di Montini e *ivi*, 215, con nota di Rusciano, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 536, con nota di Talamo, in *Giur. it.*, 1999, I, 239, con nota di Fontana, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, 491, con nota di Guariso; C. Cost. 16 maggio 2002 n. 194, in *Foro amm. CDS*, 2002, 1991, con nota di Cavallo Perin, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 953, con nota di Zucaro; C. Cost., 23 luglio 2002, n. 373, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, 571, con nota di Montini, in *Giust. civ.*, 2003, I, 78; C. Cost., 6 luglio 2004, n. 205, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 1199, con nota di Mari, in *Foro it.*, 2005, I, 37, con nota di D'Auria; C. Cost., 10 maggio 2005, n. 190, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 939, con nota di Mari; C. Cost., 9 novembre 2006, n. 363, in questa *Rivista*, 2007, 263, con nota di Greco.

(10) Cfr. Mastinu, *Progressione nel sistema di inquadramento professionale del pubblico dipendente, qualificazione formale delle relative procedure e giurisdizione. Prove di dialogo fra Corte Costituzionale e Corte di Cassazione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 821.

(11) Cfr. Cass., sez. un., 15 ottobre 2003, n. 15403, in questa *Rivista*, 2004, 362, con nota di Lovo, in *Foro it.*, 2004, I, 1755, con nota di Perrino, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 143, con nota di Corpaci.

(12) Cfr.: Cass., sez. un., ord. 26 febbraio 2004, n. 3948, in *Foro it.*, 2004, I, 1755, con nota di Perrino, in *Foro amm. CDS*, 2004, 1321, con nota di Gagliardi; Cass., sez. un., ord. 26 maggio 2004, n. 10183, in *Cons. St.*, 2004, II, 1131, con note di Auditore, Sciarrotta; Cass., sez. un., ord. 23 marzo 2005, n. 6217, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2603, con nota di Apicella; Cass., sez. un., 7 luglio 2005, n. 14259, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, 869, con nota di Marinelli; Cass., sez. un., ord. 8 maggio 2006, n. 10419, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 782, con nota di Boghetic; Cass., sez. un., 8 maggio 2007, n. 10374, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 384, con nota di Ricci; Cass., sez. un., 15 ottobre 2008, n. 25173, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, 882; Cass., sez. un., 23 marzo 2009, n. 6948, *ivi*, 2009, 403.

(13) Cfr. TAR Lazio-Roma, sez. I, 4 novembre 2004, n. 12370, in *Foro amm. TAR*, 2004, 2940, con nota di Fares, in *TAR*, 2004, I, 2779, con nota di Rubulotta, *Lav. pubbl. amm.*, 2005, 110, con nota di Sgroi, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2520. Riferimenti a tale sentenza sono rinvenibili nei seguenti contributi di dottrina: Moro, *La giurisdizione sui concorsi interni dei dipendenti pubblici*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, 679; Carnovale, *Profili problematici della giurisdizione in materia di concorsi al pubblico impiego*, in *Cons. St.*, 2005, II, 827.

(14) Cfr.: Romeo, *La controriforma del pubblico impiego*, in questa *Rivista*, 2009, 761; Pessi, *Ripensando alla riforma della pubblica amministrazione: manutenzione o restaurazione?*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 294; D'Amore, *Impiego pubblico privatizzato: evoluzione normativa*, in *Dir. prat. lav.*, 2009, 1625.

(15) Cfr. Sgarbi, *Rendimento e merito. Concorsualità dell'accesso, delle progressioni in carriera e di quelle economiche*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, 1023.

Il comma 1 *bis* dell'art. 52 del D.Lgs. n. 165 del 2001, introdotto dall'art. 62 del D.Lgs. n. 150 del 2009, stabilisce che i dipendenti pubblici, con esclusione dei dirigenti e del personale docente della scuola, delle accademie, conservatori e istituti assimilati, sono inquadrati in almeno tre distinte aree funzionali (per ovviare a quanto accaduto con i nuovi inquadramenti contrattuali degli ultimi anni, che hanno ridotto le aree di inquadramento e limitato l'accesso dall'esterno alle posizioni economiche iniziali) e che le progressioni all'interno della stessa area avvengono secondo principi di selettività, in funzione delle qualità culturali e professionali, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito. Lo stesso comma prevede, inoltre, che le progressioni fra le aree avvengono tramite concorso pubblico, ferma restando la possibilità per l'amministrazione di destinare al personale interno, in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno una riserva di posti comunque non superiore al cinquanta per cento di quelli messi a concorso e che la valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni costituisce titolo rilevante ai fini della progressione economica e dell'attribuzione dei posti riservati nei concorsi per l'accesso all'area superiore.

Gli artt. 23 e 24 del D.Lgs. n. 150 del 2009 regolano rispettivamente le progressioni economiche e le progressioni in carriera dei dipendenti pubblici.

Per quanto concerne le progressioni orizzontali, è opportuno premettere che l'art. 40 del D.Lgs. n. 165 del 2001, introdotto dall'art. 62 del D.Lgs. n. 150 del 2009, precisa che nella materia delle progressioni economiche l'intervento della contrattazione collettiva è consentito negli elusivi limiti previsti dalle norme di legge.

L'art. 23, comma 2 del D.Lgs. n. 150 del 2009 dispone che le progressioni economiche sono attribuite in modo selettivo, ad una quota limitata di dipendenti, in relazione allo sviluppo delle competenze professionali ed ai risultati individuali e collettivi rilevati dal sistema di valutazione. Il comma 3 prevede che la collocazione nella fascia di merito alta per tre anni consecutivi o per cinque annualità anche non consecutive, costituisce titolo prioritario ai fini dell'attribuzione delle progressioni economiche. La contrattazione dovrà definire il concetto di "titolo prioritario", nonché le modalità di computo dei tre anni consecutivi e delle cinque annualità non consecutive.

Per quanto riguarda le progressioni di carriera, il legislatore della riforma ha previsto all'art. 24, comma 1, che le amministrazioni pubbliche, a decorrere dal

1 gennaio 2010, coprono i posti disponibili nella dotazione organica attraverso concorsi pubblici, con riserva non superiore al cinquanta per cento a favore del personale interno nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di assunzioni. La soglia del cinquanta per cento è stata considerata dalla Corte Costituzionale, soprattutto con la sentenza n. 373 del 2002 (16), insuperabile per non incorrere nella violazione del precetto costituzionale di cui all'art. 97 Cost., ma è quella massima, potendo ogni amministrazione prevedere anche percentuali inferiori.

L'attribuzione dei posti riservati al personale interno, in virtù del comma 2 dell'art. 24, è finalizzata a riconoscere e valorizzare le competenze professionali sviluppate dai dipendenti in relazione alle specifiche esigenze delle amministrazioni e, a norma del comma 3, la collocazione nella fascia di merito alta per tre anni consecutivi, ovvero per cinque annualità anche non consecutive, costituisce titolo rilevante ai fini della progressione di carriera (norma che non si applica alle regioni ed agli enti locali). Con le suddette disposizioni viene, quindi, riaffermato, in chiave meritocratica, il principio di concorsualità *ex art. 97 Cost.* non solo nell'accesso dall'esterno al pubblico impiego, ma anche nelle progressioni interne alla stessa P.A. Si assiste, quindi, ad una ripubblicizzazione della materia attraverso la riappropriazione della relativa disciplina da parte della legge.

Occorre osservare che l'art. 74, comma 2, D.Lgs. n. 150 del 2009, rubricato norme finali e transitorie, stabilisce che gli artt. 3, 4, 5, comma 2, 7, 9, 15, comma 1, 17, comma 2, 18, 23, commi 1 e 2, 24, commi 1 e 2, 25, 26, 27, comma 1 e 62, commi 1 *bis* e 1 *ter* recano norme di diretta attuazione dell'art. 97 Cost. e costituiscono principi generali dell'ordinamento ai quali si adeguano le regioni e gli enti locali, anche con riferimento agli enti del Servizio sanitario nazionale, negli ambiti di rispettiva competenza: ciò vuol dire che l'applicazione di regole interne difformi sarebbe illegittima per contrasto con principi discendenti direttamente dalla Costituzione. Tra le norme citate dall'art. 74, comma 2 vi è anche l'art. 24 riguardante la sostituzione delle progressioni verticali con i concorsi pubblici con riserva non superiore al cinquanta per cento.

L'attuazione della previsione indicata determinerà la soppressione delle progressioni verticali: i dipendenti delle pubbliche amministrazioni potranno accedere a categorie o aree di inquadramento superiori, ma

#### Nota:

(16) Cfr. nota n. 9.



a questo scopo dovranno partecipare a concorsi pubblici, con riserva di posti, a condizione che siano in possesso del titolo di studio richiesto per l'accesso dall'esterno.

Il concorso pubblico con riserva comporta diverse novità: a) la presenza di un bando unico di concorso, che consente in tal modo l'adeguato e contemporaneo accesso dall'esterno; b) l'obbligo del titolo di studio richiesto per l'accesso dall'esterno (non più l'anzianità); c) una riserva da definire di volta in volta con riferimento alla stessa area, posizione economica e profilo; d) l'applicazione della riserva solo a condizione che il concorso miri all'assunzione di almeno due dipendenti (17); e) la non retroattività dell'inquadramento (cosa talvolta prevista sia nei contratti collettivi sia nella prassi) (18).

Occorrerà chiarire nei prossimi mesi se la riserva agli interni riguarda solo i dipendenti di qualifica immediatamente inferiore oppure (dato il requisito del titolo di accesso dall'esterno) possono essere ammessi anche i soggetti con inquadramento inferiore.

Ai sensi dell'art. 31, comma 1, D.Lgs. n. 150 del 2009 le Regioni, anche per quanto concerne i propri enti e le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, e gli enti locali adeguano i propri ordinamenti (entro il 31 dicembre 2010) ai principi contenuti nell'art. 24, commi 1 e 2: è stato sostenuto in dottrina che gli enti locali e le regioni devono adeguare i propri ordinamenti ben prima del termine del 31 dicembre 2010 (termine ultimo che il legislatore riconosce agli enti e non una *vacatio legis*) (19).

### Brevi considerazioni conclusive

La regolamentazione delle progressioni economiche e delle progressioni in carriera dei dipendenti pubblici, dettata dal D.Lgs. n. 150 del 2009, non presenta, a differenza di altri profili del lavoro pubblico, elementi di rilevante innovatività.

La selettività delle progressioni economiche era già prevista dai contratti collettivi nazionali, anche se spesso disattesa in sede di contrattazione integrativa.

Neanche la soppressione delle progressioni verticali è così "rivoluzionaria": l'art. 2, comma 1, lett. c della L. n. 421 del 1992, che include tra le sette materie riservate espressamente alla legge ed alle fonti normative secondarie quella relativa ai "procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro", non è mai stato abrogato. Nella disciplina delle progressioni verticali la contrattazione aveva, pertanto, esteso in modo improprio ed illegittimo la propria competenza in una materia riservata alla fonte primaria.

Come è stato condivisibilmente osservato (20), le progressioni di carriera dei dipendenti pubblici sono state oggetto da parte del legislatore del 2009 di una particolare disciplina volta a contenere il fenomeno degli organici a "piramide rovesciata", generatisi dopo anni di progressioni economiche e giuridiche favorite da una contrattazione attenta esclusivamente alle aspettative di miglioramento economico dei dipendenti ed a discapito delle esigenze di buon funzionamento delle amministrazioni.

---

#### Note:

(17) Cfr.: TAR Puglia-Bari, 10 febbraio 1988, n. 56, in *Foro amm.*, 1988, 3829; Cons. St., sez. V, 19 aprile 1991, n. 602, in *Cons. St.*, 1991, I, 713; TAR Campania-Napoli, sez. I, 8 novembre 2000, n. 4143, in *TAR*, 2001, I, 293; CGARS, 19 ottobre 2005, n. 686, in [www.giustizia-amministartiva.it](http://www.giustizia-amministartiva.it).

(18) Sulla questione, cfr. Barbieri, *Concorsi interni: la decorrenza dell'inquadramento*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 837.

(19) Cfr. Oliveri, *Progressioni verticali, addio da subito anche negli enti locali*, in *Lexitalia.it*, 2009, 10.

(20) Verbaro, *La gestione del rapporto di lavoro cambia*, in *Guida pubbl. imp.*, 2009, 11, 33.

Lavoro interinale

# Gli “agency workers” nel Regno Unito fra common law e disciplina comunitaria

di **Pierdomenico de Gioia-Carabellese** - *Lecturer in Business Law - Heriot-Watt University, Edinburgh*

Dopo un ampio dibattito giurisprudenziale e dottrinale che ha particolarmente animato l'ultimo decennio, la categoria dei lavoratori di agenzia (gli *agency workers*) sembra ricevere, infine, una più chiara perimetrazione concettuale in Gran Bretagna. In uno specifico settore giuslavoristico non ancora inciso dalla legislazione e prossimo alla implementazione, con il recepimento della disciplina comunitaria (quest'ultima per vero alquanto “debole”), il common law pare ora meno incline a riconoscere un rapporto di dipendenza fra lavoratore e utilizzatore finale, propendendo piuttosto per una tesi di assenza di vincolo contrattuale tanto fra agenzia (*agency*) e lavoratore quanto fra quest'ultimo e l'utilizzatore finale (*end user* o *host organization*). In questo quadro, l'articolo pone in luce ed analizza altresì le modalità attraverso cui la giurisprudenza di oltre Canale, più recentemente, sciorina le regole utili a discernere il rapporto di dipendenza (*contract of service*) da quello di lavoro autonomo (*contract for services*). Tali regole, utilizzate anche in merito a nuove tipologie di lavoro (gli *home workers*), sono riguardate, con la disamina in oggetto, nel loro sviluppo diacronico, oltre che nel loro impatto sulle più recenti guarentigie che la legislazione riconosce ai lavoratori.

## Introduzione

(\*) *Agency Workers* (lavoratori di agenzia) è nella lingua d'oltre Canale l'espressione *lato sensu* corrispondente a quella di lavoratori interinali. Un lessico diverso da quello nostrano, tuttavia un medesimo fenomeno economico: una relazione trilaterale fra un lavoratore, un'agenzia (*job agency*) ed un terzo utilizzatore (*end-user* o *host organization*), essendo quest'ultimo il soggetto che effettivamente utilizza il lavoro (*work* o *service*) del primo, assumendone il controllo in un intervallo di tempo più o meno lungo. Il fenomeno di cui trattasi non può dirsi residuale, da un punto di vista dimensionale, atteso che nel Regno Unito un cospicuo numero di lavoratori (1) veste tale atipica “casacca” contrattuale; forse ancor più significativamente, quasi la metà dei lavoratori interinali dell'intera Unione Europea (2) è ivi presente, il che rende dunque le terre di William Shakespeare e Robert Burns (ed il relativo ordinamento) un vero e proprio laboratorio ultra-avanzato nella *subiecta materia*.

Da un punto di vista legale, in giurisdizioni basate sulla giurisprudenza ed in particolare sulle regole che si estraggono deduttivamente dalla *ratio deciden-*

*di* fissata dal giudice (*quid facti?*), piuttosto che dal principio fissato dal legislatore (il noto - o notorio? - aforisma *quid iuris?*), (3) il *labour law* fa in parte eccezione, in quanto la materia in parola è profondamente segnata dalla cornice legislativa, vieppiù doviziosa di regole, nel volgere degli ultimi due decenni, anche quale riflesso della legislazione europea. In tale scenario e nello specifico della materia che si disamina, è bene anticipare che il lavoratore di agenzia è l'eccezione all'eccezione, in quanto la relativa tematica è indenne da tale “espansione” legislativa e

### Note:

(\*) *N.d.R.* La citazione delle fonti di lingua inglese (dottrina e giurisprudenza), di cui al presente lavoro, avviene nel rispetto delle linee-guida suggerite dalla Oxford University (così detti *Oscola Principles*), reperibili su <http://wwwwww.oxbridgewriters.com/oscola-referencing.php>.

(1) Approssimativamente, un milione circa. Per un quadro dei “numeri”, si rinvia a S Deakin & G S Morris, *Labour Law* (5<sup>th</sup> edn Hart Publishing, Oxford 2009) 153, particolarmente nota 294.

(2) CIPD, *Advanced Employment Law Practitioner* (Enterprises Ltd 2008) 63.

(3) L'ossimoro concettuale è argutamente evidenziato da P Legrand, ‘European Legal Systems are no Converging’ (1996) 45 *International & Comparative Law Quarterly* 52,56.

il meccanismo interpretativo utilizzato dalla giurisprudenza (il common law) delle tre giurisdizioni britanniche resta ancora l'unico a dettare, in via pressoché esclusiva, le relative regole.

### La qualificazione di "lavoratore dipendente" (*employee*) nella legislazione giuslavoristica britannica

Nel Regno Unito il c.d. *employee* è il soggetto (per definizione la persona fisica, *individual*) che sottoscrive un contratto di lavoro (*contract of employment*) con il c.d. *employer* (datore di lavoro). Tale principio è fissato nella stessa legislazione, particolarmente nel testo legislativo più rilevante in tema di disciplina del lavoro ovvero nell'*Employment Rights Act 1996*, (4) la cui *Section 230, paragraph 1*, precisa: «[...] dipendente si intende un individuo che si sia impegnato o lavori (ovvero, se il lavoro è cessato, abbia lavorato) ai sensi di un contratto di lavoro».

A sua volta il secondo comma dello stesso precetto prevede che: «[...] contratto di lavoro si intende un contratto di lavoro subordinato ovvero di apprendistato, tanto espresso quanto implicito, e (se espresso) tanto orale quanto scritto».

Per completezza di analisi (e ciò è certamente fattore strategico al fine di discernere la qualifica dei lavoratori di agenzia nell'economia del presente lavoro), è da notare che, ove il c.d. *individual* (la persona fisica) non riesca a dimostrare di avere in essere un *contract of service* (dunque, contratto di lavoro subordinato ovvero dipendente) con il c.d. *employer*, lo stesso sarà nondimeno qualificabile quale *worker* ovvero lavoratore *lato sensu*, ma non sarà dipendente (*employee*). Infatti, stante alla *Section 230, paragraph 3*, dell'*ERA 1996*, è *worker* (lavoratore *lato sensu*, non dipendente): «[...] [U]n individuo che si sia impegnato o lavori (ovvero, ove il lavoro è cessato, abbia lavorato) in virtù: di un contratto di lavoro dipendente (5); ogni altro contratto, tanto espresso quanto implicito e (se espresso) tanto orale quanto scritto, in base al quale un individuo si impegna a fare o eseguire personalmente qualsiasi lavoro o servizio a beneficio di un'altra parte contraente il cui status non sia in forza del contratto quello di cliente o beneficiario di una qualsiasi professione o affare esercitati dall'individuo medesimo; e ogni riferimento a un contratto di lavoro sarà interpretato di conseguenza».

In altre parole, un lavoratore che abbia firmato un contratto di lavoro dipendente (*contract of service*) è tanto *employee* quanto *worker*; tuttavia, se tale lavoratore non è legato al datore di lavoro da un rapporto di dipendenza, lo stesso sarà semplicemente un la-

voratore (*worker*). Dunque, induttivamente, *de iure* non vi è corrispondenza biunivoca fra i due termini, in quanto ai sensi della legislazione britannica un *employee* (lavoratore dipendente) è sempre anche un *worker* (lavoratore), ma questi non necessariamente è anche *employee* (dipendente); lo è solo nella misura in cui la relazione che lo lega al datore di lavoro è qualificabile, sulla scorta dei criteri giurisprudenziali che si rassegnano di seguito (6), *contract of service* (rapporto di dipendenza).

Per completezza di analisi, è da sottolineare che la disciplina giuslavoristica britannica riconosce una terza categoria, ulteriore al *worker* e all'*employee*, costituita dal *self-employed* (lavoratore autonomo). Si tratta di un individuo simile al *worker* (dunque si impegna e presta la propria personale attività lavorativa - *work* o *service* - a beneficio di un altro soggetto), tuttavia a differenza di questi lo stesso presta la propria attività lavorativa a beneficio di un cliente, più che di un datore di lavoro *stricto sensu*; per contro, al fine della qualifica quale *worker*, il datore di lavoro per definizione non potrà assumere anche le vesti di "cliente" del lavoratore (7).

### I riflessi della differente qualificazione *worker* versus *employee*

Sulla scorta di quanto sopra evidenziato, *employee*,

---

#### Nota:

(4) Di seguito anche l'*ERA 1996*.

(5) È evidente che in tal caso sarà un *employee*.

(6) Si veda *infra* paragrafo "La definizione di *contract of service* nel common law".

(7) A livello meramente manualistico, evidenzia la differenza S Honeyball, *Honeyball & Bowers' Textbook on Employment Law* (10<sup>th</sup> edn Oxford University Press, Oxford 2008) 21,22. *Ex professo*, il tema è analizzato da M Freedland, 'From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus' (2006) *Industrial Law Journal* Vol. 35 1,29; D Brodie, 'Employees, Workers and the Self-employed' (2005) *Industrial Law Journal* Vol. 34 253-260. Il *self-employed* o *independent contractor* è riconosciuto, oltre che a livello legislativo, anche in common law nel recente caso *Mingeley v Pennock and Ivory t/a Amber Cars* [2004] I.R.L.R. 373. Mingeley, di pelle scura e di origini caraibiche, lavorava autonomamente quale tassista. In forza di un contratto con Amber Cars, egli era tenuto a pagare ogni settimana £75 per avere accesso ad un sistema radio a distanza, gestito da Amber Cars, che gli consentiva di allocare le chiamate degli utenti presso diversi tassisti. Mingeley, che era legittimato a trattenere i soldi ricevuti dai clienti, subì atti discriminatori a sfondo razziale mentre lavorava con il suo taxi. Era pertanto essenziale accertare se egli era quanto meno *independent contractor*, dato che il *Race Relations Act 1976* (la legislazione in tema di discriminazione razziale) conferisce tutele di carattere legale a chi sottoscrive un contratto finalizzato a prestare un qualche lavoro o servizio ("a contract personally to execute any work or labour"). Fu statuito dalla *Court of Appeal* che Mingeley non rientrava in tale categoria (dunque lo stesso non poteva invocare la legislazione di cui all'*ERA 1976*), in quanto non vi era nella sua relazione contrattuale mutualità nelle prestazioni.

*worker* e *self-employed* rappresentano *status* lavorativi (*rectius*, paralavorativi nel caso del secondo e del terzo), funzionali al riconoscimento di diritti statuari (massimi nel caso dell'*employee*, minimi nel caso del *self-employed*) più recentemente concessi a livello legislativo dal parlamento di Westminster (8). L'*employee* è il solo che, allo stato attuale, è legittimato all'impugnativa per licenziamento illegittimo (*unfair dismissal*) (9) e ha anche diritto all'indennità (*redundancy pay*) posta a carico dell'*employer* (il datore di lavoro) nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (la c.d. *economic dismissal* dovuta a riduzione del personale, solitamente definita *redundancy*) (10).

Il *worker* può contare bensì su talune tutele, anche se non così estese; si tratta nel dettaglio di quelle, di già attribuite all'*employee*, connesse ai seguenti diritti statuari: diritto di veder definito l'orario di lavoro e il suo limite massimo (11); diritto di avere al seguito un "compagno" di fronte al datore di lavoro, nel caso di udienza disciplinare (12); diritti in tema di lavoro *part-time*; diritti accordati in tema di discriminazione sotto ogni forma (13) e quelli di cui alla legislazione di equo salario uomo-donna (14); diritto del lavoratore a non essere danneggiato da deduzioni salariali, se non nei limiti legislativi (15); diritto al minimo salariale per ora lavorata (16); diritto del lavoratore a non essere vittimizzato nel caso in cui denunci fatti di tipo censurabile subito sul luogo di lavoro (il c.d. *whistleblowing*) (17).

Da ultimo, il c.d. *independent contractor*, date le sue caratteristiche di accentuata autonomia, potrà contare su di una gamma ancora più limitata di diritti statuari, quali quelli di cui alla già citata cornice legislativa dell'*Equal Pay Act 1970*, nonché sulla pure citata legislazione antidiscriminazione.

### La definizione di *contract of service* nel common law

Così tratteggiato il quadro legislativo estraibile dall'*Employment Rights Act 1996* con riferimento alle categorie di *worker*, *employee* e *self-employed*, è da evidenziare che non risulta agevole inquadrare nel concreto il *contract of service*, data l'assenza di previsioni normative sul punto (18). Ciò è ancora più vero alla luce del fatto che, per la validità stessa del contratto di lavoro, nessun requisito di forma è richiesto nel Regno Unito (19), la qual cosa rende il ruolo della giurisprudenza necessario, prima ancora che legittimo. È per tale ragione che il common law, nel volgere dell'ultimo secolo ha elaborato una serie di *tests*, basati su fattori empirici al ricorrere dei quali un *worker* (un semplice lavoratore) può/deve esse-

re qualificato quale *employee* (dipendente), con tutte le conseguenze in termini di tutele che da ciò discendono (20).

Tali fattori - e ciò viene di seguito esaminato *funditus* ma è assolutamente strategico nell'economia della disamina del tema dei lavoratori di agenzia - sono valutati in forma più o meno congiunta fra di loro, come emerso più recentemente, e si riferiscono principalmente: (i) al controllo (*control*); (ii) alla mutualità delle prestazioni (*mutuality*); (iii) alla natura (personale o non) dei servizi offerti dal lavoratore a beneficio del c.d. *employer* (*personal nature of the services*).

### Il control test e le sue inadeguatezze

Inizialmente, il "controllo" era l'unico ed esclusivo fattore che veniva richiesto dalle corti britanniche al fine di discernere l'esistenza di un rapporto di dipendenza. Il dipendente era tale se il "padrone" (il c.d. *master*) era di fatto in grado di dettare al "servi-

#### Note:

(8) Si veda *infra* paragrafo "La definizione di *contract of service* nel common law".

(9) Il principio, introdotto nel Regno Unito sin dal 1971, è ora parte del testo legislativo - forse il più significativo in tema di diritti dei lavoratori - *Employment Rights Act 1996*, già citato. V. Craig & S. Walker, *Employment Law. An Introduction* (Thomson/W. Green, Edinburgh 2007) 139, 142. In proposito, sia consentito di rinviare a P. de Gioia-Carabellese, *Lectures in Employment Law* (Heriot Watt University, Edinburgh, Academic Year 2009/2010) lecture 2. In particolare, il precetto rilevante sul punto è quello di cui alla *Section 94*.

(10) L'indennizzo, posto da ultimo a carico del *Minister of Pensions* ma pagato concretamente dal datore di lavoro, è subordinato al fatto che il lavoratore vanti un periodo di servizio continuativo di due anni; al *worker* è precluso un tale diritto all'indennizzo. Si veda l'*Employment Rights Act 1996*, *Section 136 ff.* In proposito si veda la *Section 135*, *ERA 1996*.

(11) *Working Time Regulations 1998*.

(12) *Section 10*, *ERA 1996*.

(13) Il *Sex Discrimination Act 1975*, in tema di discriminazione sessuale, e gli altri articolati che ne sono seguiti per ulteriori potenziali fattori di discriminazione.

(14) Il c.d. *Equal Pay Act 1970*.

(15) *Part II*, *ERA 1996*.

(16) La cornice legislativa è quella del *National Minimum Wages Act 1998*.

(17) *Section 47B e 48*, *ERA 1996*.

(18) Come evidenziato *supra* (La qualificazione di "lavoratore dipendente" (*employee*) nella legislazione giuslavoristica britannica), ciò che semplicemente prescrive il legislatore britannico è che l'*employee* è colui che ha firmato un *contract of service* o un *contract of apprenticeship*.

(19) D. Brodie, *The Contract of Employment* (Thomson/W. Green, Edinburgh 2008) 25.

(20) Cfr. *supra* paragrafo "I riflessi della differente qualificazione *worker* versus *employee*".



tore” (il *servant*) cosa fare, dove fare e quando fare il lavoro; paradigma di tale approccio è *Performing Rights Society v Mitchell and Booker* (21). La narrativa del caso è alquanto interessante nel suo antefatto. Un gruppo di artisti era solito eseguire brani musicali di compositori terzi in una sala da ballo di proprietà di Mitchell e Booker. Tuttavia, nell'eseguire i brani *vis-à-vis* il pubblico, la band aveva ommesso di chiedere alla *Performing Rights Society* (società che curava i diritti di autore) l'autorizzazione dei legittimi compositori. La *Performing Rights Society* convenne i proprietari della sala da ballo, sull'assunto che i componenti della band erano da ritenersi *employees* (“dipendenti”), per cui i proprietari medesimi erano tenuti a rispondere dei danni verso terzi (i compositori dei brani la cui autorizzazione era stata pretermessa) a titolo di responsabilità vicaria o oggettiva (*vicarious liability*) (22). Fu statuito nel relativo *ruling* che i componenti della band erano da considerarsi a tutti gli effetti *employees* (dipendenti) in quanto erano i proprietari della sala da ballo a decidere quando suonare, dove suonare, cosa suonare, sussistendo pertanto un pieno controllo sulla prestazione che i componenti della band erano tenuti ad adempiere.

Astrazione fatta dal *leading case* “*Performing Rights Society*”, ciò che merita evidenziare è che il criterio del controllo ricollega la sussistenza del rapporto di dipendenza al fatto che il c.d. *employer* decide attraverso le sue istruzioni cosa il prestatore deve fare, dove e quando sono richieste le sue prestazioni.

Tuttavia, il fattore controllo - individuato dalla giurisprudenza anglo-scozzese alla fine dell'800 e utile a discernere la sussistenza di un rapporto di dipendenza in contesti di lavoro semplici (come quello tipico dell'operaio nonspecializzato che esegue le istruzioni del capomastro nelle *shipyards* (23), lungo il *river Thames* o il *river Clyde*) - non avrebbe potuto “funzionare” in contesti di lavoro intellettuale e più sofisticato, ove l'*employee* è portatore di competenze così accentuate che il *master* non può e non è in grado di indirizzare, tempo per tempo, la sua prestazione. Il più tipico degli esempi è il chirurgo ovvero il ricercatore i quali eseguono la propria prestazione in assoluta “solitudine intellettuale” ben lungi dall'essere indirizzati da un capo; è plausibile escludere la sussistenza di un rapporto di lavoro per tali dipendenti solo per effetto di una assenza di assoluto controllo? In una fase più evoluta (24), il common law ha tentato di sopperire alla “inefficienza ermeneutica” del *control test*, attraverso una sua interpretazione più estensiva. Significativi di tale *trend* sono due *dicta*: *Stagecraft v Minister of Pensions* (25); *Cassidy v Minister of Health* (26).

La prima decisione riguardava un artista che era solito lavorare per una società circense, la quale impiegava personale teatrale. Di fatto la società presso cui lavorava non era in grado di decidere come andava eseguita la *performance* teatrale, data l'elevata tecnicità che vi era sottesa. La società circense corrispondeva a tale artista un salario dal quale nessuna contribuzione assicurativa e pensionistica era detratta, in quanto assumeva che lo stesso non fosse un *employee*, ma semplicemente un *worker*. Il *Minister of Pensions* citò in giudizio *Stagecraft*, per il pagamento di tali contribuzioni, ritenendo per l'appunto che l'artista in questione fosse un dipendente. La società circense convenuta tentò di resistere, arguendo che in realtà non era in grado di interferire con la prestazione lavorativa del lavoratore; *ergo*, mancando il controllo, era un semplice *worker*, ma non un *employee*. L'attore, in questo caso, ebbe ra-

### Note:

(21) [1924] 1 K.B. 762. In modo non dissimile e prima ancora della “*Performing Rights Society*”, *Yewens v Noakes* (1880-81) LR 6 QBD 530 ove - a richiamare le parole di Bramwell LJ - l'*employee* è definito «a person subject to the command of his master as to the manner in which he shall do his work». Quanto alle corti scozzesi, si segnala *Park v Wilsons & Clyde Coal Co* (1928) S.C. 121.

(22) Nel Regno Unito, infatti, conseguenza naturale della sussistenza di un rapporto di dipendenza (a differenza di un mero rapporto di lavoro autonomo) è una *vicarious liability* del datore di lavoro per i danni cagionati a terzi dal dipendente.

(23) I cantieri navali di cui all'immaginario letterario degli arguti racconti di Charles Dickens.

(24) Tuttavia, in Scozia, quasi un secolo fa, la soluzione iniziale della giurisprudenza fu di escludere la sussistenza di un *contract of service* in tali circostanze. In *Foote v Directors of Greenock Hospital* (1912) S.C. 69 fu statuito che i *managers* di un ospedale non avevano alcun controllo sulle modalità in cui i loro pazienti erano trattati. Si veda anche D Brodie, *The Contract of Employment* (Thomson/W. Green, Edinburgh 2008) 2.

(25) (1952) S.C. 288. Cfr V Craig & S Walker, *Employment Law. An Introduction* (2<sup>nd</sup> edn W. Green, Edinburgh 2005) 13, ma anche i medesimi autori nella edizione successiva (Idem, *Employment Law. An Introduction*, cit. *passim*).

(26) [1951] 2 K.B. 343. Prima ancora di tali *dicta*, un precedente nel quale già si iniziava ad avvertire il limite del semplice criterio del *control* è *Walker v Crystal Palace Football Club Ltd* [1910] 1 KB 87. In tale caso, la questione era se un giocatore era dipendente di un club calcistico (Crystal Palace, per l'appunto) al fine di consentirgli di ottenere un indennizzo (riconosciuto solo agli *employees*, con esclusione quindi dei semplici *workers*) previsto da una legislazione del tempo (*Workmen's Compensation Act 1906*) in relazione ad un incidente occorsogli durante un incontro calcistico. In questo caso, sebbene la corte avesse richiamato il celebre giudizio di Bramwell LJ in “*Yewens*” (cfr. *supra* nota 24), fu comunque statuito - non senza le dovute perplessità dottrinali *ex post* (J Duddington, *Employment Law* (2<sup>nd</sup> edn Pearson Longman, London 2009) 59) - che il giocatore era *employee*; ad avviso del giudicante, infatti, lo stesso era obbligato ad osservare le istruzioni del club, anche se chiaramente quest'ultimo non esercitava alcuna effettiva valutazione su come il giocatore potesse esercitare la propria “arte”.

gione nel relativo *decisum*, in quanto fu statuito che vi era controllo (seppur in senso lato), atteso che vi era nondimeno la possibilità per il datore di lavoro di controllare le finalità per le quali le competenze dell'artista erano impiegate.

Con riferimento alla seconda decisione ("Cassidy"), la questione sottoposta all'attenzione dei giudici era se il *Minister of Health* dovesse essere ritenuto responsabile per le ferite riportate da un paziente in un ospedale pubblico (di proprietà dello stesso Ministero) nel corso di una operazione eseguita da un chirurgo. Naturalmente, al fine di invocare una tale responsabilità oggettiva, occorreva preliminarmente verificare se fra il *Minister of Health* e il chirurgo vi fosse effettivamente un *contract of service*, e non semplicemente un *contract for services*.

Il *Minister of Health* tentò di confutare la sussistenza di un *contract of service*, assumendo che non avrebbe potuto esercitare alcun controllo sulle modalità con cui il paziente veniva trattato nel corso dell'operazione. Tuttavia tale argomento fu rigettato, in quanto, secondo la corte, il datore di lavoro in questo caso poteva esercitare un potenziale controllo (*potential control*). In particolare, poiché il chirurgo era sotto la teorica "spada di Damocle" della sanzione disciplinare dell'ospedale di appartenenza, ciò rendeva plausibile e necessario configurare un *contract of service*.

Anche quale risposta all'inadeguatezza del *control test*, un'ulteriore evoluzione del meccanismo di individuazione del contratto di lavoro è data da un diverso test, il c.d. *organisation test*, suggerito da un celeberrimo giudice, Lord Denning, in *Stevenson, Jordan & Harrison Limited v MacDonald & Evans Ltd.* (27) Alla luce di tale elaborazione, «per effetto di un contratto di lavoro dipendente, un uomo è impiegato come parte del business e il suo lavoro è svolto come parte integrale del business medesimo».

Adotta il c.d. *organisation test*, al fine della sussistenza di una *liaison* di dipendenza, un altro *dictum*: *Whittaker v Minister of Pensions*. (28) Tale controversia riguarda un artista che era solito lavorare come trapezista per un circo (Whittaker). La società circense corrispondeva al medesimo un salario senza detrarre alcun contributo pensionistico, sull'assunto che era un mero lavoratore (*worker*, dunque). Il *Minister of Pensions* citò in giudizio Whittaker, contestandogli che la qualifica dell'artista era quella di vero e proprio dipendente. Fu statuito che la pretesa dell'attore era corretta, in quanto l'artista in parola non solo lavorava come tale, ma eseguiva per il medesimo datore di lavoro attività collaterali e strumentali, quali ad esempio la vendita dei biglietti prima di ogni

spettacolo e l'aiuto agli altri dipendenti nel trasloco del circo, quando occorreva raggiungere una nuova località (29).

### Il c.d. *multiple factor test*

Rivelatosi il *control test* inadeguato, anche nella sua interpretazione più lata, ed appalesatosi il c.d. *organisation test* un tentativo "accademicamente" meritevole ma operativamente non durevole (30), il c.d. "*multiple factor test* (o anche: "*economic reality test*") è risultato il più consolidato approccio utilizzato nel common law per la individuazione di un *contract of service*. In sostanza, nel suddetto test, che ha tratto ispirazione dal common law americano (31) e che è stato subito importato anche di qua dell'Oceano, ciò che rileva è la sostanza della relazione, piuttosto che la forma; più fattori, e non soltanto uno, devono essere tenuti in considerazione al fine di valutare se un *worker* è anche *employee*.

Un esempio di tale approccio si riscontra nel caso di *Market Investigations v Minister of Social Security* (32).

Taluni ricercatori, assunti part-time, avevano il compito di eseguire ricerche di mercato per Market Investigations. Una controversia sorse fra la società ed il Ministero per il pagamento dei contributi pensionistici; il datore di lavoro infatti non li pagava, assumendo che, essendo tali ricercatori meri *workers*, dovessero essere loro stessi ad effettuare il relativo pagamento all'autorità pensionistica. Tuttavia, fu statuito che un *contract of service* doveva nondimeno evincersi, in quanto era riscontrabile un controllo sulla prestazione lavorativa e considerato che taluni ulteriori termini della relazione contrattuale erano coerenti con il controllo stesso: (i) i ricercatori potevano utilizzare collaboratori e questi erano forniti e pagati da Market Investigations; (ii) il rischio finanziario gravava sulla società medesima;

#### Note:

(27) [1952] 1 T. L.R. 101.

(28) [1967] 1 Q.B. 156.

(29) Come ricordato da Prof. Brodie (Id., *The Contract of Employment* (Thomson/W. Green, Edinburgh 2008) 2, footnote 7.

(30) Quasi lapalissianamente viene osservato (G Pitt, *Cases and Materials on Employment Law* (3<sup>rd</sup> edn Pearson Longman, London 2008) 121) che è adesso alquanto comune esternalizzare certe funzioni aziendali; l'*outsourcing* non fa venir meno l'importanza della funzione esternalizzata, quale necessaria e integrale (*necessary and integral*) nell'attività aziendale. Ciò sembra smentire quanto affermato, in modo in parte fallace, dall'*organisation test*, secondo cui il lavoratore dipendente sarebbe tale in quanto utilizzato come parte integrale del business aziendale.

(31) *United States of America v Silk* 331 US 704 (1946).

(32) [1968] 3 All ER 732.

(iii) i ricercatori non potevano trarre alcun profitto dal proprio lavoro, in quanto venivano pagati prevalentemente su base fissa.

La stessa *ratio decidendi* (ma con opposti risultati in termini di *outcome* della controversia) è presente nel caso *Ready Mixed Concrete Ltd v Minister of Pensions* [1968] 2 QB 497. Taluni trasportatori furono licenziati da "Ready Ltd" per *redundancy* (*mutatis mutandis*, per giustificato motivo) e ingaggiati subito dopo come "*independent contractors*" (appaltatori). Gli stessi comprarono i camion dalla società medesima, al fine dell'espletamento dell'attività lavorativa. Mentre lavoravano, (i) dovevano indossare uniformi; in aggiunta a ciò (ii) dovevano dipingere sui camion il marchio della società. (iii) Nel loro contratto vi era una clausola di esclusiva, che non consentiva loro di svolgere attività concorrenziale per la società. Tuttavia, (iv) potevano impiegare personale terzo per eseguire i loro compiti. In aggiunta a ciò, (v) i costi di tale attività erano ad esclusivo carico dei trasportatori; (vi) gli stessi avevano piena autonomia nel fissare i prezzi per il loro servizio. Sulla scorta di tali elementi (particolarmente quelli di cui a (iv), (v) e (vi)), fu statuito che gli stessi erano *independent contractors*, meri appaltatori, dunque *de iure workers* ma non *employees*. (33)

Alla luce di tali *dicta* e sulla base del *multiple factor test*, un *contract of service* esiste se concorrono congiuntamente i seguenti fattori:

- il controllo, nel senso che il lavoratore espressamente o implicitamente esegue le proprie prestazioni sotto il controllo della controparte, in modo che quest'ultima abbia ad assumere il ruolo di *master*. In altre parole, il *control test*, di cui al *leading case* "*Performing Rights Society*", non è andato in desuetudine, ma è pur sempre un criterio essenziale al fine di individuare la sussistenza di un rapporto di dipendenza;

- la c.d. *mutuality of the obligations*, dunque la mutualità delle prestazioni, come chiarito in *O'Kelly v Trusthouse Forte plc* [1983]). Più precisamente, giusta quanto di seguito meglio evidenziato, il lavoratore è *employee* se risulta contrattualmente obbligato a prestare lavoro quando il lavoro è offerto dal datore di lavoro; (34)

- la natura personale del servizio prestato dal lavoratore (il c.d. *irreducible level of personal services*), per cui il lavoratore, per la propria prestazione lavorativa, offre il proprio personale servizio a beneficio del datore di lavoro, senza possibilità di autonoma delega ad un soggetto terzo;

- la sussistenza di ulteriori termini inferibili dalla relazione contrattuale fra le parti (*employer*; *employee*)

che non siano incoerenti con l'inquadramento del lavoratore quale dipendente (35).

Appare evidente, alla luce di quanto appena accennato, che nel *multiple factor test*, il c.d. *control* non scompare quale fattore di discernimento della relazione di dipendenza, piuttosto ne vengono aggiunti ulteriori altri (due principalmente) che lo vanno ad integrare (*mutuality* e *personal nature of the services*). Quanto alla *mutuality*, è da ritenersi sussistente il rapporto di lavoro dipendente nei casi in cui il datore di lavoro sia obbligato contrattualmente a offrire lavoro al dipendente quando il lavoro è disponibile e, soprattutto, il lavoratore sia tenuto contrattualmente a prestare il lavoro offerto dal datore di lavoro. Il criterio basato sul fattore della mutualità è enfatizzato in alcuni significativi *dicta*: *O'Kelly v Trusthouse Forte plc* [1983] I.C.R. 728; *Carmichael v National Power plc* [2000] I.R.L.R. 43; *Montgomery v Johnson Underwood Ltd* [2001] IRLR 269; *Nethermere (St Neots Ltd) v Taverna* [1984] I.C.R. 612. (36)

"O'Kelly" in particolare potrebbe essere ricordato quale paradigma del criterio in disamina. O'Kelly, insieme ad altri camerieri, era utilizzato quasi costantemente da una catena alberghiera per banchetti (Trusthouse Forte). Dopo un certo periodo di utilizzo quasi costante, Trusthouse Forte comunicò a O'Kelly che non lo avrebbe più impiegato. Tuttavia, O'Kelly citò in giudizio il suo datore di lavoro, arguendo che egli era un vero e proprio dipendente e dunque il mancato utilizzo era da qualificarsi quale licenziamento illegittimo, privo di giusta causa (*unfair dismissal*). La citazione tuttavia fu rigettata, in quanto fu appurato giudizialmente che in realtà non

### Note:

(33) Come riportato dal Prof. Brodie (Id., *The Contract of Employment* (Thomson/W. Green, Edinburgh 2008) 4,5), in questo caso MacKenna J. (uno dei giudicanti) affermò nel suo *averment* a margine del giudizio: «[...] a contract of employment exists if three conditions are fulfilled: The servant agrees that, in consideration of a wage or other remuneration, he will provide his own work and skill in the performance of some service for the master. He agrees, expressly or impliedly, that in the performance of that service he will be subject to the other's control in a sufficient degree to make that other master. The other provisions of the contract are consistent with its being a contract of service». A livello puramente manualistico, si veda anche J Duddington, *Employment Law* (2<sup>nd</sup> edn Pearson Longman, London 2007) 59,60.

(34) Il criterio è particolarmente utile a risolvere i casi di *casual workers* o lavoratori casuali; per contro, come chiarito *ultra*, potrebbe creare imbarazzi, in tema proprio di lavoratori di agenzia.

(35) Riecheggiano in ciò i già citati casi relativi a: "*Market Investigations*" e "*Ready Mixed Concrete*".

(36) Il c.d. *mutuality test* è attualmente considerato strategico al fine di discernere se un *casual worker* (lavoratore interinale) o un *domestic worker* (lavoratore domestico) è *employee* o meno.



vi era alcun accordo scritto o intesa verbale che obbligava Trusthouse Forte a offrire lavoro a O'Kelly, né quest'ultimo era contrattualmente tenuto ad accettare lavoro, quando offerto, come invece è per definizione tenuto a fare il dipendente *stricto sensu*. In modo non dissimile, i due fattori (controllo e mutualità) sono rafforzati nel *decisum* *Montgomery v Johnson Underwood Ltd* (37).

### **Natura personale del servizio: l'“accessorio necessario”**

Il terzo ed importante fattore - insieme al *control* e alla *mutuality* - che deve sussistere, per l'inquadramento di una relazione lavorativa nell'ambito del lavoro dipendente, è la natura personale del servizio, nel senso che sono tendenzialmente estranee al *contract of service* forme di delega a terzi nell'adempimento della prestazione. Nel common law, il fattore è delineato in numerose sentenze (38), ma si segnalano le seguenti quali particolarmente significative, anche per le sottili sfumature che ne emergono: *Express and Echo Publications Limited v Tanton*; (39) *MacFarlane v Glasgow City Council* (40).

In “Express”, la natura personale del servizio fu esclusa (e dunque rigettata anche la tesi della sussistenza di un rapporto di lavoro di dipendenza) in quanto il guidatore (*driver*) che lavorava per “Express”, in base ad una clausola inserita nelle sue condizioni di ingaggio (non vi era alcun contratto formale), era facoltizzato a scegliere un sostituto; tuttavia, in questo caso (41), il lavoratore avrebbe potuto scegliere il sostituto a sua totale discrezione e - soprattutto - ne avrebbe pagato il costo.

Sebbene, nel Regno Unito, controllo, mutualità e natura personale del servizio siano i tre fattori essenziali al fine della sussistenza di un rapporto di dipendenza, tali fattori devono comunque essere valutati nel quadro generale dei termini e delle condizioni che accompagnano solitamente il rapporto contrattuale fra datore di lavoro e lavoratore. Trattasi, in particolare, di termini e condizioni contrattuali (42) che riguardano: (i) la fornitura di equipaggiamento (*provision of equipment*); (43) (ii) l'ingaggio di collaboratori (*hire of helpers*); (44) (iii) il rischio finanziario dell'attività commissionata (*financial risk*); (45) (iv) l'opportunità di un profitto (*profit*); (46) (v) il nome dato al contratto dalle parti (*label or name given by the parties*) (47); da ultimo, (vi) il pagamento da parte del datore di lavoro dei contributi previdenziali (*national insurance*) e la deduzione di imposta sui redditi a titolo di acconto (*income tax*) (48). Tali termini e condizioni contrattuali, *de iure* o *de facto*, dovrebbero essere coerenti, congiuntamente

ovvero per una loro gran parte, con le caratteristiche solitamente sottese ad un rapporto di lavoro dipendente; peraltro, la loro significativa incoerenza potrebbe dare agio al giudice eventualmente adito di inferire un rapporto lavorativo non dipendente (dunque un mero *worker's contract*).

### **L'agency worker nella prassi di oltre Canale: inquadramento generale**

Detto quanto sopra in tema di criteri interpretativi che il common law utilizza al fine della individua-

#### **Note:**

(37) [2001] EWCA Civ 318. Si veda *infra* paragrafo “La relazione fra *agency worker* e *job agency*” con la relativa narrativa.

(38) *James v Redcats (Brands) Ltd* [2007] I.R.L.R. 296 (EAT); *Staffordshire Sentinel Newspapers Ltd v Potter* [2004] I.R.L.R. 752 (EAT).

(39) [1999] ICR 693.

(40) [2001] IRLR 7 (EAT).

(41) A differenza di “*MacFarlane*” ove il lavoratore, seppur delegato a scegliere un sostituto, doveva attingere obbligatoriamente ad una lista fornita dal datore di lavoro e, soprattutto, il datore di lavoro medesimo ne avrebbe pagato il costo. Infatti, in questo caso, fu statuito che il lavoratore era un dipendente.

(42) Ampio riferimento ai medesimi è presente a livello manualistico. *Ex plurimis*: S Honeyball, *Honeyball & Bowers' Textbook on Employment Law* (10<sup>th</sup> edn Oxford University Press, Oxford 2008) 24,29; V Craig & S Walker, *Employment Law*, cit. 16,17; S Taylor & A Emir, *Employment Law. An Introduction* (2<sup>nd</sup> edn Oxford University Press, Oxford 2009) 62,68.

(43) Se l'equipaggiamento è fornito dal datore di lavoro, e non procurato dal lavoratore, ciò è tipico di un *contract of service*.

(44) Il fatto che i collaboratori siano ingaggiati direttamente dal lavoratore (e pagati dallo stesso), sembra sintomatico di un *contract for services* laddove per contro l'ingaggio che promani direttamente dal datore di lavoro è più coerente con un *contract of service*.

(45) Ove il rischio sia allocato presso il lavoratore, ciò sarebbe un indice della sussistenza di un *worker's contract* (o *contract for services*).

(46) L'opportunità di trarre un profitto da una gestione ottimale del contratto è più coerente con un *contract for services*, laddove la mera ricezione di un pagamento lo potrebbe risultare meno.

(47) Si tratta di un criterio molto formale, che assurge a mero indice presuntivo. In realtà come evidenziato *infra* proprio nella materia dei lavoratori di agenzia, se le parti hanno assegnato al contratto un nome (*contract for services*) soltanto per scopi elusivi (*exempli gratia*, per consentire al datore di lavoro di avere una risorsa per definizione più flessibile quale è il lavoratore, invece del dipendente), la sostanza prevarrà, malgrado la qualificazione formale delle parti.

(48) Se il datore di lavoro deduce alla fonte l'importo che il lavoratore deve a titolo di imposta sui redditi, come anche i contributi assicurativi, ciò è coerente con un rapporto di dipendenza. Tuttavia, come nel precedente caso, anche in questo, il criterio è meramente indicativo, in quanto un *contract of service* potrà emergere dalla sostanza della relazione contrattuale *employer-worker* se quest'ultimo, malgrado la riluttanza del primo a pagare tali contributi, è sotto il suo controllo e svolge la sua attività a beneficio del primo con caratteristiche di mutualità.



zione di un *contract of service* e dovendo volgere l'attenzione al tema saliente della presente analisi - *ergo* la qualificazione dei lavoratori di agenzia -, occorre prima di tutto sottolineare che nel Regno Unito nessuna legislazione è stata partorita nell'ultimo decennio sul punto.

Vero è che è sedimentata, nella terra di Albione, una legislazione volta a disciplinare le *employment agencies*, che fa perno sull'*Employment Agencies Act 1973* e sul più recente *Conduct of Employment Agencies and Employment Businesses Regulations 2003*. (49) Tuttavia, tali testi operano su di un profilo meramente giuspubblicistico afferente la vigilanza e la supervisione delle agenzie e delle imprese operanti in tale settore, piuttosto che su quello privatistico-contrattuale concernente la qualifica - *worker* oppure *employee* - da attribuirsi al lavoratore "in affitto". Infatti, l'EAA 1973 definisce *employment agency* l'attività che consiste nel fornire servizi (sia sotto forma di fornitura di informazioni sia sotto ogni altra forma) al fine di trovare ai lavoratori lavoro (50) presso i datori di lavoro, ovvero al fine di rifornire i datori di lavoro di lavoratori per lavoro da svolgersi presso i "datori" medesimi. D'altro canto, *employment business* è l'attività che consiste nel fornire persone da utilizzare nell'attività lavorativa di chi esercita un'attività di impresa, al fine di agire per o sotto il controllo di altre persone.

Come tipico di un ordinamento basato sulle regole giurisprudenziali, piuttosto che sui precetti legislativi, è la giurisprudenza (il *common law*) che si è peritata negli ultimi quattro lustri di interpretare e qualificare la relazione contrattuale cui il lavoratore di agenzia è assoggettato. Nel fare ciò, i *rulings* pongono sotto scrutinio legale due possibili teoriche relazioni contrattuali, quella fra agenzia e lavoratore di agenzia e quella fra quest'ultimo e il terzo utilizzatore; finalità di tale approccio metodologico è di valutare se da ciascuna di tali relazioni è possibile inferire, sulla scorta dei tradizionali criteri adottati in tema di lavoratore tradizionale (51), la possibile sussistenza di un rapporto di lavoro di dipendenza (*contract of service*) o di mero rapporto di lavoro autonomo (*contract for services*).

### La relazione fra agency worker e job agency

La prima relazione contrattuale da prendersi in considerazione con riguardo al c.d. *agency worker* è quella fra lo stesso *worker* e l'agenzia (*job agency*) che ne canalizza la prestazioni a beneficio di un terzo utilizzatore (52).

In proposito, la giurisprudenza britannica, sin dal-

la nascita del fenomeno riguardante i lavoratori di agenzia, tende ad escludere la sussistenza di ogni forma di rapporto di dipendenza. Indicativo di ciò può essere considerato il caso *Ironmonger v Movefield* (53). Nella relativa controversia, un lavoratore di agenzia, che non aveva firmato alcun contratto con l'agenzia di lavoro medesima e che veniva allocato presso utilizzatori terzi, convenne in giudizio *Ironmonger* (l'agenzia per l'appunto), per vedersi riconoscere la sussistenza di un rapporto di lavoro dipendente. Tuttavia la domanda fu rigettata, in quanto fu appurato che l'agenzia non aveva alcun controllo circa le ore di lavoro ovvero il luogo ove il lavoratore doveva svolgere le proprie prestazioni (fattori che infatti erano esclusivamente nella sfera dell'utilizzatore). Più in generale, fu ritenuto che l'agenzia era un mero *conduit*, e non poteva incidere in alcun modo sugli aspetti concernenti le condizioni di lavoro del *worker*, che pertanto non poteva essere qualificato quale *employee*. In altre parole, il *control test*, di cui alla *Performing Rights Society*, era ben lungi dall'essere soddisfatto nella relazione contrattuale *agency worker-job agency*.

In tale contesto, non mancano statuizioni giurisprudenziali che hanno riconosciuto, date le peculiari circostanze fattuali, la sussistenza di un *contract of service* fra *agency* e *worker*. In *McMeechan v Secretary*

#### Note:

(49) S Deakin & G S Morris, *Labour Law* (5<sup>th</sup> edn Hart Publishing, Oxford 2009) 153,154.

(50) Dunque il concetto di *employment* (lavoro) ai sensi dell'EAA 1973 è alquanto ampio in quanto ricomprende, *lato sensu*, l'*employment* tanto del *contract of service* quanto del *contract for services* (cfr. *Section 13(1)*).

(51) Cfr. *supra* paragrafo "La definizione di *contract of service* nel *common law*".

(52) Ai sensi di legge (*Conduct of Employment Agencies and Employment Businesses Regulations 2003* (SI 2003/3319, replacing SI 1976/715), l'agenzia deve rilasciare al lavoratore un documento (*written statement of terms and conditions*) il quale deve indicare se egli è un dipendente o un lavoratore autonomo. Tuttavia le corti in diverse circostanze hanno ignorato l'indicazione formale contenuta nel documento per dare rilievo al dato sostanziale (*inter alia*: *Wickens v Champion Employment Agency* [1984] I.C.R. 365). In aggiunta a ciò, la legislazione fiscale (*Income Tax (Earnings and Pensions) Act 2003*, Part 2, Ch 7) prevede che *income tax* (trattenuta fiscale) e *national insurance* (contributi assicurativi) siano dedotti dall'agenzia. Tuttavia, vi è la tendenza delle corti (*McMeechan v Secretary of State for Employment* [1997] I.R.L.R. 355,358 (Waite LJ) a considerare il trattamento fiscale del tutto irrilevante al fine della qualificazione del rapporto fra *worker* e *agency* quale *contract of service* o per contro *contract for services*.

(53) [1988] I.R.L.R. 461. Prima ancora di tale *decisum*, si segnala con la medesima sostanza *Wickens v Champion Employment Agency* [1984] ICR 365.

of State for Employment (54) il worker McMeechan aveva stipulato un “contratto di agenzia” per il suo utilizzo presso terzi; il contratto prevedeva che lo stesso era lavoratore autonomo (*self-employed*), piuttosto che dipendente. Tuttavia, McMeechan era costantemente pagato su base settimanale dalla stessa agenzia, con deduzione dell’imposta (*income tax*) e dei contributi assicurativi (*insurance contributions*). L’agenzia di lavoro (*Noel Employment Ltd*) divenne insolvente e il lavoratore promosse un’istanza volta ad ottenere il pagamento del salario, quale lavoratore dipendente, dal relativo fondo nazionale (*National Insurance Fund*, gestito dal *Secretary of State for Employment*), pagamento che ovviamente non avrebbe potuto ottenere se la sua relazione contrattuale fosse stata qualificata di mero contratto di servizio (*contract for services*). Fu ritenuto dal tribunale adito che, nello specifico impiego del c.d. *worker*, vi era effettivamente una prevalenza di fattori coerenti con un rapporto di dipendenza di McMeechan (55) dall’agenzia di lavoro, con la conseguenza che il primo era legittimato ad ottenere le somme dovutegli a titolo di salario da parte del *National Insurance Fund*.

Nel presente caso, in altre parole, emergeva, dalla disamina e dalla interpretazione delle clausole esplicitamente o implicitamente incardinate nella relazione contrattuale, che l’attività svolta dava luogo, malgrado il *nomen iuris* conferito dalle parti, ad un *contract of service*. Da un lato, in linea con le caratteristiche di un *contract for services*, vi era l’espressa previsione che il lavoratore doveva essere considerato *self-employed* (lavoratore autonomo) e che lo stesso non avrebbe prestato i suoi servizi ai sensi di un *contract of service*. Per altro verso, a favore del *contract of service*, vi erano: la riserva dell’agenzia di un potere di licenziamento per l’inosservanza di doveri; il dovere dell’agenzia di portare a termine gli incarichi presso l’*end user* che il lavoratore aveva in essere; la previsione che il lavoratore doveva osservare una serie di doveri, non a caso corrispondenti a quelli che, in *common law*, un *employee* è tenuto ad osservare *vis-à-vis* il suo datore di lavoro.

Più recentemente, conferma il *trend* della insussistenza di un rapporto quale *dependent* fra lavoratore e datore di lavoro il *decisum* relativo a *Montgomery v Johnson Underwood Ltd* (56). Mrs Montgomery era stata allocata dal *defendant* (convenuto) presso un utilizzatore terzo, ai termini e alle condizioni di quest’ultimo, quale telefonista. Dopo due anni di utilizzo, l’utilizzatore, insoddisfatto delle prestazioni della lavoratrice, chiese all’agenzia di non rinnovare il suo incarico. Johnson Underwood provvide in tal

senso, non rinnovandole l’incarico. La lavoratrice impugnò la decisione assumendo che fosse licenziamento illegittimo (*unfair dismissal*). Fu statuito che in realtà non poteva essere considerata dipendente, in quanto non vi era sufficiente controllo (57).

In definitiva, sembra che una certa tipologia di rapporto contrattuale esista fra *agency* e *worker*, tuttavia appare difficile, salve le circostanze eccezionali di cui a “McMeechan”, che lo stesso sia qualificabile quale *contract of service* (58).

### Relazione *agency worker* e *host organization*

#### **Gli iniziali (e tuttora prevalenti) rulings: i “quasi-dependents” di cui a *Dacas versus Brook Street Bureau***

Si è appena approfondito il rapporto contrattuale

#### Note:

(54) [1997] I.R.L.R. 353. Sulla medesima linea *Ncube v 24/7 Support Services* ET/2602005/05, ove il *contract of service* fu inferito dal fatto che l’agenzia eservitava potere disciplinare nei confronti del lavoratore di agenzia.

(55) In particolare, il contratto statuiva che, nell’accettare ogni funzione, Mr McMeechan doveva adempiere i propri doveri secondo le normali regole di *common law*, quali ad esempio quelli di fedeltà, confidenzialità e osservanza degli ordini del datore di lavoro. L’agenzia inoltre si impegnavo a pagargli un salario settimanale assoggettato alle normali ritenute che solitamente vengono effettuate ai dipendenti (*national insurance* e *income tax*). Ancor più significativamente, il contratto intercorrente fra agenzia di lavoro e lavoratore conferiva all’agenzia il diritto di licenziare (*right to dismiss*) ogni lavoratore che non si conformasse ad una “dovuta condotta” (*proper conduct*). Pur tuttavia, ad avviso dell’organo giudiziario adito (*Employment Appeal Tribunal*) permanevano elementi coerenti con un *contract for services*, ma questi erano minoritari ovvero meramente formali. Ad esempio: il contratto statuiva che McMeechan forniva le proprie prestazioni quale *self-employed worker* (lavoratore autonomo) e non quale dipendente. Era inoltre previsto nel contratto - ma verosimilmente contraddetto dalla condotta delle parti - che al lavoratore sarebbe stata fornita l’opportunità di lavorare quale lavoratore autonomo se una qualche necessità di lavoro fosse emersa, senza tuttavia che vi fosse da parte del lavoratore alcuna obbligazione di accettare una tale offerta. Inoltre, Mr McMeechan non doveva prestare la propria attività lavorativa per un predeterminato numero di ore, né era legittimato a ferie o periodi di malattia pagati (*holiday pay* o *sickness pay*).

(56) [2001] IRLR 269.

(57) In linea con “*Montgomery*” e ancor più recentemente, *Consistent Group Ltd. v Kalwak* [2007] ALL ER. Quest’ultima decisione è tuttavia commentata in chiave critica da M Tom, ‘Agency Workers: Self-employed Status not a Sham’ (2008) *Employment Law Journal* (91) 23,24. L’A. mette in evidenza la fallacia sottesa alla decisione dell’*Employment Appeal Tribunal*, il quale non tenne in debita considerazione, sotto un profilo probatorio, la circostanza che i lavoratori in oggetto (personale di pulizia di origine polacca) costituivano una mera facciata di lavoratori autonomi (*self-employed*) ma una sostanza di *employees*.

(58) Condivisibili in tal senso i giudizi espressi in dottrina (V Craig & S Walker, *Employment Law. An Introduction* (2<sup>nd</sup> edn W. Green, Edinburgh 2005) 22,23.

tra il lavoratore interinale e l'agenzia e si è precisato che la relazione, allo stato dell'arte della giurisprudenza, ben difficilmente darà luogo ad un rapporto di dipendenza. Più dibattuta si appalesa invece nel Regno Unito la relazione intercorrente tra l'*agency worker* e il terzo utilizzatore. È infatti intuitivo pensare che - poiché la sussistenza di un contratto di lavoro è ancorata ai tre fattori sopra evidenziati (controllo, mutualità e natura personale del servizio) - un lavoratore che venga "utilizzato" presso un'organizzazione terza possa coltivare l'aspettativa, pur in assenza di un formale contratto, che egli in realtà sia da qualificarsi quale *employee*. Ciò è ancora più vero nel caso in cui l'utilizzazione del lavoratore di agenzia, formalmente veicolata dal "job centre", si consolida da un punto di vista diacronico presso la *host organisation* per un periodo prolungato, eccedente i due anni (59).

In proposito le *authorities* britanniche sono tutt'altro che univoche e si possono suddividere in due opposte correnti di pensiero: una prima è quella che, fiorita all'inizio del decennio attuale e tuttora tutt'altro che abbandonata, fa centro su alcuni *decisa* (principalmente e diacronicamente: *Motorola Ltd v Davidson and Melville Craig Ltd* (60); *Dacas v Brook Street Bureau* (61); *Cable & Wireless v Muscat* (62) e, seppur ai fini limitati di profili di responsabilità vicaria per danni, *Toms v Royal Mail* (63)) nei quali è stato sostanzialmente affermato che l'impiego costante e soprattutto prolungato del lavoratore sotto il controllo dell'utilizzatore terzo doveva qualificarsi quale rapporto di lavoro dipendente.

Una seconda corrente giurisprudenziale è quella che, più recentemente ed in modo sempre più persistente, afferma che la relazione fra *host organisation* e lavoratore di agenzia, anche in presenza di un utilizzo prolungato da un punto di vista temporale, può essere coerente con un *contract for services*, con la conseguenza rilevante che l'*agency worker* non potrebbe vantare lo *status* di *employee*. Fra le decisioni appartenenti a tale nuovo filone, si segnalano quelle riguardanti: *James v Greenwich Council* (64); *Heatherwood & Wexham Park Hospitals NHS Trust v Kulubowila* (65); *Atbury v Gist* (66) e *Motorola Ltd. v Davidson & Melville Craig Ltd.* (67)

Circa il primo orientamento, merita ricordare innanzitutto la *ratio decidendi* di cui alla decisione relativa al caso *Motorola Ltd.* Davidson era un lavoratore che prestò la propria attività lavorativa per "Motorola" per quattro anni, quivi impiegato per il tramite di una agenzia (Melville Craig). Era tuttavia pagato da quest'ultima, sebbene il lavoratore fosse

"veicolato" presso "Motorola" quale terzo utilizzatore. Fu statuito che "Motorola" esercitava sufficiente controllo sul lavoratore, ciò dando luogo ad un contratto di lavoro dipendente.

Più articolata - ma con medesime conclusioni - la narrativa in *Cable & Wireless plc v Muscat*. Nell'aprile 2002 El Ltd, un'azienda per la quale Muscat aveva precedentemente lavorato quale appaltatore (*contractor*) attraverso una propria società (E Nuff Ltd), fu acquistata dalla C&W plc. Tuttavia, quest'ultima, per ragioni di costi, non sarebbe stata disponibile a pagare Muscat né la società di questi, E-Nuff, direttamente. Si convenne pertanto che Muscat avrebbe fornito le sue prestazioni per il tramite di una agenzia di lavoro (Aramis plc), con la quale C&W plc, aveva già relazioni contrattuali di tale tipologia. Al fine di dare sostanza a tali intese, le quali chiaramente riflettevano i desiderata di C&W plc, E-Nuff (la società di persone appartenente a Muscat) stipulò con Aramis plc un accordo contrattuale in virtù del quale il lavoratore concordava di fornire servizi a beneficio di C&W plc. Il contratto espressamente prescriveva che Muscat non sarebbe stato qualificato quale *employee* (dipendente) di C&W plc. Si prevedeva altresì che tale contratto costituiva il complesso delle intese fra Aramis plc e E-Nuff. Malgrado ciò, fu statuito dalla *Court of Appeal* che, guardando alla realtà della relazione di Muscat con C&W plc vi era un implicito contratto di lavoro dipendente (*implied contract of employment*)

### Note:

(59) È da notare che comunque nel Regno Unito, a far data dal 10 luglio 2002, il lavoratore con contratto a tempo determinato (*fixed term contract*) è automaticamente qualificato a tempo indeterminato (*permanent basis contract*) dopo quattro anni di impiego presso il datore di lavoro, a meno che il datore di lavoro non giustifichi oggettivamente l'esigenza di avere un lavoratore per un periodo di tempo ulteriore.

(60) [2001] I.R.L.R. 4 (EAT).

(61) [2004] IRLR 358.

(62) [2006] IRLR 354.

(63) (2006) S.L.T. 431. In questo caso, deciso dalla *Court of Session Outer Court* (corrispondente scozzese dell'inglese *Court of Appeal*, il lavoratore di agenzia era stato prestato ad una organizzazione quale guidatore ma dopo un anno di impiego morì per un incidente stradale occorso "in servizio". Ai fini della conseguente azione di responsabilità, si poneva il problema se il convenuto (Royal Mail) potesse essere qualificato quale *employer* (datore di lavoro) o meno. Per commenti sul caso, si veda D Brodie, 'The Contractual Status of Agency workers: Toms v Royal Mail' (2006) *Edinburgh Law Review* (Vol. 10) 443,446.

(64) [2007] I.R.L.R. 168.

(65) EAT /0633/06.

(66) (EAT 0619/06).

(67) [2001] IRLR 4.



fra le parti, almeno a far data dal dicembre 2002 (68).

A conclusioni simili si perviene nel caso di *Dacas v Brook Street Bureau Ltd* (69). Mrs Dacas era una “temporary worker” (lavoratrice a tempo) del convenuto (“BSB Ltd”), esercente attività di agenzia di lavoro. La lavoratrice era assegnata a lavorare esclusivamente quale donna delle pulizie presso una struttura sanitaria di nome Drive di proprietà di un comune (Wandsworth Council). I termini e le condizioni del contratto fra Dacas e l’agenzia prevedevano che l’accordo non avrebbe dato adito ad alcun contratto di dipendenza. Dacas lavorò esclusivamente per il Wandsworth Council per quattro anni fino ad aprile 2001, allorquando le fu detto che il suo impiego non sarebbe stato rinnovato. A seguito di ciò, Dacas citò in giudizio entrambe le controparti (l’agenzia e il terzo utilizzatore), lamentando che, essendo di fatto una lavoratrice dipendente, la comunicazione di cessata utilizzazione si sostanzialmente in un licenziamento senza giusta causa (*unfair dismissal*). Fu statuito dalla *Court of Appeal* (70) che vi poteva essere potenzialmente un contratto di lavoro fra la lavoratrice e il Wandsworth Council, terzo utilizzatore, in quanto la relazione di lavoro era stata contraddistinta, a sufficienza, dai fattori del controllo e della mutualità (71).

### ***I più recenti sviluppi: James versus Greenwich London Borough Council***

Sebbene all’inizio del presente decennio e fino al 2006 l’orientamento delle corti britanniche sia stato quello di riconoscere, alquanto entusiasticamente, la sussistenza di un contratto di lavoro dipendente fra lavoratore interinale e società utilizzatrice, in realtà più recentemente l’approccio tende ad essere significativamente differente. Il paradigma concettuale di tale “virata” sono i decisa relativi a: *James v Greenwich London Borough Council* (di seguito: *Council*) (72).

Mrs James aveva già prestato per il Council la propria attività lavorativa fino al 1997. Dopo un breve intervallo di tempo dalle dimissioni volontarie, tornò a lavorare per il Council in parola, sebbene per il tramite di una agenzia di lavoro. Nel 2001, Mrs James cambiò agenzia, ma senza che ciò comportasse variazione alcuna del suo pressoché costante impiego presso il Council. Non vi era alcun accordo scritto con l’utilizzatore finale, piuttosto un contratto con l’agenzia, definito “temporary worker agreement” il quale prevedeva che la lavoratrice sarebbe stata utilizzata quale lavoratore auto-

no (self-employed worker) in relazione a ciascuna incombenza e ciò non avrebbe dato luogo alla sussistenza di alcun rapporto di dipendenza, né con la job agency né con il Council. Ai sensi del contratto con l’agenzia, il Council avrebbe pagato il salario a Mrs James; in aggiunta a ciò, era stato pure previsto che la lavoratrice sarebbe stata sotto il controllo e la direzione del Council medesimo, che pertanto era responsabile di ogni atto di negligenza. La lavoratrice si assentò, per un certo periodo di tempo, dal lavoro a causa di una malattia, per cui venne sostituita da altro lavoratore. Mrs James pertanto citò in giudizio il datore di lavoro, arguendo che, poiché sussisteva un rapporto di lavoro dipendente, la decisione unilaterale di licenziarla equivaleva ad una risoluzione del rapporto, dunque ad un licenziamento illegittimo (*unfair dismissal*). Tuttavia, la linea di attacco giudiziale di Mrs James non ebbe successo: sia il giudice di prime cure (*Employment Tribunal*) che quello di seconda istanza (*Employment Appeal Tribunal*) statuirono che, con il Council, non era intercorso alcun contratto di lavoro dipendente, né se ne poteva assumere uno di tipo implicito.

Al di là della narrativa del caso in questione, è importante analizzare le linee guida che si possono trarre da tale sentenza.

In primo luogo, l’arco di tempo di utilizzazione del lavoratore presso la *host organization*, sebbene pro-

#### **Note:**

(68) Commenti a tale decisione si rinvencono nella nota redazionale ‘Implied employment contract found between worker and user’ (2006) *IRS Employment Review* (n. 845) 60,61. Ragionamento simile a “Muscat” è seguito da “Toms”, già citato; in tale sentenza il giudizio di Lord Glennie fu che un contratto di lavoro dipendente avrebbe potuto esistere fra società utilizzatrice e lavoratore, al sussistere di controllo e mutualità (*control and mutuality*).

(69) [2004] IRLR 358

(70) Dunque nel terzo grado di giudizio “lavoristico”.

(71) È da notare che comunque la *Court of Appeal* nel concreto non statui alcuna sussistenza di un *contract of service*, in quanto la lavoratrice, dopo aver perso il primo grado di giudizio contro entrambi i convenuti (agenzia e terzo utilizzatore), impugnò la sentenza esclusivamente contro l’agenzia, vincendo dinanzi l’*Employment Appeal Tribunal* (che quindi “clamorosamente” dichiarò la sussistenza di un *contract of service*) ma perdendo di fronte alla *Court of Appeal*. Quest’ultimo organo, con un significativo *obiter dictum* (e con una maggioranza di due a uno) affermò che, ove l’appello avesse riguardato il rapporto lavoratrice-terzo utilizzatore, il contratto di lavoro dipendente sarebbe stato riconosciuto. Si veda in dottrina D. Christie, ‘Status Anxiety - new Guidance from the Court of Appeal on Agency Workers’ (2004) *Employment Law Bulletin* 1,2. Assume una posizione favorevole al *dictum* “Dacas” A Williams, ‘Fitting a Square Peg into a Round Hole - Appraising the Employment Status of Agency Workers’ (2004) *Business Law Review* 25(9), 236,249.

(72) [2007] IRLR 168.



lungato, non è sufficiente a far presumere la sussistenza di un *contract of employment*. (73)

Nell'analizzare i casi di *agency workers*, non si può far ricorso al criterio della mutualità, che invece meglio si attaglia ai lavoratori occasionali (*casual workers*); in quest'ultimo caso (ma non in quello dei lavoratori di agenzia) ha senso chiedersi se sotteso al rapporto di lavoro vi è anche la mutualità.

Ancora: con riferimento ai lavoratori di agenzia, la questione fondamentale da porsi è se le modalità con cui il contratto è adempiuto da parte del lavoratore sono coerenti con gli accordi intercorsi fra il lavoratore medesimo e l'agenzia. Ove tale coerenza non dovesse sussistere, allora, nella relazione contrattuale lavoratore-organizzazione terza, potrebbe essere implicito un contratto di lavoro.

Da ultimo, fattore principale di individuazione di un possibile contratto di lavoro dipendente fra lavoratore di agenzia e terzo utilizzatore non è tanto la circostanza che il c.d. *end user* provveda al pagamento del salario (circostanza prima ritenuta decisiva), piuttosto il fatto che l'utilizzatore finale possa insistere presso l'agenzia per ottenere costantemente quel particolare lavoratore.

Nel caso "James", importanti linee guida sono fornite dal succitato *Employment Appeal Tribunal* circa le modalità di utilizzo di un lavoratore di agenzia, le quali non sconfinino in un rapporto di dipendenza. Da tale *decisum* si può desumere, in particolare, che quando gli accordi fra le tre parti (*agency*, *worker* e *end-user*) sono espliciti e riflettono il reale status lavorativo, in cui non sussista alcuna relazione contrattuale fra lavoratore e utilizzatore, risulta alquanto remota la possibilità di confutare l'anzidetta circostanza. Affinché si possa riscontrare la sussistenza di contratto di dipendenza occorrerebbe appurare che il lavoratore sta lavorando in forza di obbligazioni aventi carattere di reciprocità con il datore di lavoro, e che tali obbligazioni sono incoerenti con gli accordi di cui al contratto di agenzia; in ogni caso, tale sussistenza non può desumersi dal mero tempo trascorso. Sarebbe comunque più agevole per il giudicante inferire un contratto di lavoro dipendente sull'asse datore di lavoro-dipendente ove tali accordi di "apparente" agenzia subentrassero, temporalmente o con breve soluzione di continuità, a preesistenti relazioni di lavoro fra *worker* e *end-user*.

È da tenere conto che l'indirizzo giurisprudenziale di cui al caso "James", adottato tanto dall'*Employment Tribunal* che dall'*Employment Appeal Tribunal*, è stato di recente confermato anche dalla *Court of Appeal* (74).

Nel commentare l'ultima decisione giurisprudenziale, la dottrina (75) sottolinea che, alla luce dell'ultimo orientamento, nel caso del rapporto di agenzia, dovrebbe potersi riscontrare la sussistenza di un contratto di lavoro dipendente, prendendo a base esclusivamente il requisito della necessità (*necessity*).

Le *key issues* che emergono circa il caso in esame sono sintetizzabili in tre punti fondamentali:

a) ove non vi sia alcuna pattuizione espressa fra *worker* e *end user*, la prima domanda da porsi, per determinare lo status del lavoratore, è se necessita o meno, secondo i principi di common law, assumere la sussistenza di un contratto fra le tre parti al fine di conferire alla loro situazione realtà fattuale.

b) per la sussistenza o meno di un contratto con l'*end user*, non è necessario assumere come implicito un contratto di lavoro dipendente fra *worker* e *end user* nella misura in cui gli accordi fra agenzia ed *end user*, da un lato, e questo e il lavoratore, dall'altro, non siano di facciata.

c) la considerazione del mero arco temporale, ovvero la rilevanza dell'intervallo di tempo di impiego del *worker* da parte dell'*end user*, non è più ritenuto di per sé elemento decisivo.

Dato il nuovo ultimo orientamento giurisprudenziale - aperto dal caso "James" - alquanto scettico a riconoscere automaticamente un rapporto di dipendenza per effetto del semplice prolungato impiego del lavoratore (76), si ritiene, da un punto di vista dottrinale, che la c.d. *host organisation* ha concrete possibilità di rintuzzare ogni pretesa che il lavoratore di agenzia eventualmente utilizzasse, anche attra-

### Note:

(73) Ciò in chiara contrapposizione con *Franks v Reuters* [2003] I.R.L.R. 423, ove l'accentuato arco temporale di utilizzazione del lavoratore presso l'*end user* aveva fatto scaturire una sorta di presunzione *iuris et de iure* di sussistenza del rapporto di lavoro dipendente. In realtà anche il caso "Dacas", già citato, è una decisione sintomatica di tale orientamento.

(74) *James v London Borough of Greenwich* [2008] IRLR 302 (CA). Come rimarcato in tale ultimo *ruling* da uno dei giudicanti (Mummery LJ). Per commenti a tale sentenza si veda A C Bell, 'Employment Status of Agency Workers: Again' (2008, 54) *Scottish Law Review* 22,23 nonché (in chiave critica) J Wotherspoon & N Doran, 'Agency Workers: Court of Appeal Narrow Approach to Employment Status' (2008, no. 89) *Employment Law Journal* 13,15. Come noto, in materia di lavoro, la *Court of Appeal* è giudice di terzo grado per le dispute giudiziali; in Scozia tale giudice di terzo grado è la corrispondente *Court of Session*. La *House of Lords* costituisce il giudice di quarto ed ultimo grado nella materia lavoristica sia per la giurisdizione anglo-gallese che per quella scozzese.

(75) S Deakin & G S Morris, *Labour Law* (5<sup>th</sup> edn Hart Publishing, Oxford 2009) 155 ma anche B Willey, *Employment Law in Context* (3<sup>rd</sup> edn Pearson Longman, London 2009) 66,67.

(76) Il *contract of service* sarà configurabile solo se ciò è necessario.

verso accorgimenti di tipo operativo (77); fra questi: (i) l'enfaticizzazione della differenza fra personale dipendente e personale di agenzia impiegato dall'utilizzatore finale; (ii) il ruolo operativo lasciato sempre e comunque all'agenzia di lavoro piuttosto che all'utilizzatore finale (78); (iii) il rinnovo periodico dei lavoratori rientranti nella categoria di impiego, piuttosto che la richiesta dello stesso lavoratore per periodi prolungati (dunque una richiesta di *genus* di lavoratore, piuttosto che l'*idem* già utilizzato) (79).

### Il quadro evolutivo sovranazionale: la Direttiva sui lavoratori di agenzia

È noto che il legislatore comunitario è intervenuto nella materia degli *agency workers* con la Direttiva n. 2008/104/CE (80), articolato che ciascuno Stato membro è tenuto ad implementare entro il 5 dicembre 2011 (art. 11 della stessa Direttiva) (81).

Il nobile scopo sotteso alla Direttiva in parola è esplicitato all'art. 2, ove vengono enfatizzati sia la protezione dei lavoratori di agenzia che il miglioramento della qualità del lavoro temporaneo di agenzia, e all'art. 5, ove viene statuito il principio dell'equo trattamento, da applicare a tale categoria di lavoratori.

La Direttiva, come spesso accade negli articolati comunitari, "gioca di fioretto" sul tema dei lavoratori di agenzia, laddove forse avrebbe dovuto "brandire la scimitarra". Ed invero viene laconicamente affermato (articolo 3(1)(c)) che il *temporary agency worker* (lavoratore interinale, *lato sensu*) è «il lavoratore che sottoscrive un contratto di lavoro o inizia un rapporto di lavoro con una agenzia interinale, al fine di essere inviato in missione presso un'impresa utilizzatrice per prestare temporaneamente la propria opera sotto il controllo e la direzione della stessa». La "missione" in parola, pessima traduzione, nell'italiano parlato a Bruxelles, del più appropriato "*assignment*" di cui alla versione inglese, è «il periodo durante il quale il lavoratore tramite agenzia interinale è messo a disposizione di un'impresa utilizzatrice affinché presti temporaneamente la propria opera» (articolo 2(1)(e)).

In necessaria connessione con tale passaggio, con un capolavoro di diplomazia, il *worker* (lavoratore), viene definito «qualsiasi persona che, nello Stato membro interessato, è protetta in qualità di lavoratore nel quadro del diritto nazionale del lavoro» (articolo 3(1)(a)).

Quale riflesso di tali regole, la Direttiva comunitaria si guarda bene dall'entrare nel merito dello *status* giuridico dei lavoratori di agenzia (dipendenti ovvero meri lavoratori), preferendo lasciare la materia -

con una vaga connotazione pilatesca - agli Stati nazionali. In aggiunta a ciò, la Direttiva in realtà non armonizza nella sostanza la materia in discorso, in quanto le regole che apparentemente impone - la protezione dei lavoratori di agenzia, per il periodo di utilizzo presso il terzo, contro forme di discriminazione; la protezione di taluni *status* (le donne gravide) di cui all'art. 5 - sono di fatto diritti già acquisiti da ogni lavoratore, indipendentemente dal proprio *status* di dipendente, quanto meno a guardare la materia da Edimburgo, Londra e Belfast (le capitali delle tre giurisdizioni del Regno Unito: Scozia, Inghilterra/Galles e Irlanda del Nord).

Ed infatti, nel Regno Unito le tutele in tema di discriminazione, qualunque ne sia la tipologia, sono da tempo conferite a tutti i lavoratori (*workers*), dunque anche ai lavoratori di agenzia (e finanche a beneficio dei *self-employed*) (82), e non solo ai lavoratori dipendenti (*employees*). In particolare, accordano tutele: il *Sex Discrimination Act 1975* (83), in tema di discriminazioni, basate sul sesso, a beneficio dei *workers*, oltre che degli *independent contractors*

#### Note:

(77) Tali suggerimenti sono forniti esplicitamente da CIPD, *Advanced Employment Law Practitioner* (Enterprises Ltd 2008) 65.

(78) Il salario del lavoratore dovrebbe essere sempre canalizzato per il tramite dell'agenzia, salva la "provvisoria" fornita dalla *job agency*.

(79) L'insistere, al termine dell'affitto lavorativo, nel richiedere lo stesso lavoratore alla *job agency* lascerebbe intendere una condotta *de facto* del terzo utilizzatore di creare un rapporto di dipendenza.

(80) Direttiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale.

(81) Primi commenti a livello manualistico in merito alla Direttiva si leggono nella letteratura internazionale in B Willey, *Employment Law in Context* (3<sup>rd</sup> Pearson Longman, Harlow 2009) 67,68. Per valutazioni "a caldo" dell'articolato in parola nelle more della sua adozione, si veda D Christie, *The Agency Workers Directive to become EU law* (24th October 2008), [http://europeanjournal.typepad.com/my\\_weblog/2008/10/the-agency-workers-directive-to-become-eu-law.html](http://europeanjournal.typepad.com/my_weblog/2008/10/the-agency-workers-directive-to-become-eu-law.html) (retrived on 26th October 2009) ma anche D Newman, 'The Status and Rights of Agency Workers' (2008, no 885) *IRS Employment Review*. In merito alla manualistica giuslavoristica sovranazionale, si rinvia a C Barnard, *EC Employment Law* (3rd edn Oxford University Press, Oxford 2006) *passim*; A C L Davies, *Perspective on Labour Law* (2nd edn Cambridge University Press, Cambridge 2009) *passim*; B Bercusson, *European Labour Law* (2nd edn Cambridge University Press, Cambridge 2009), *passim*.

(82) Vedi *supra* paragrafo "Relazione *agency worker* e *host organization*".

(83) *Section 9 (Contract Workers)* dell'*SDA 1975* prescrive che le tutele in tema di discriminazione per ragioni sessuali si estendono anche ai lavoratori e ai lavoratori autonomi (*self-employed*), questi ultimi se prestano lavoro a beneficio di un cliente, piuttosto che di un vero e proprio datore di lavoro.

(84); il *Race Relations Act 1976*, quanto alle discriminazioni connesse a razza, colore, identità nazionale *et similia* (85); il *Disability Discrimination Act 1995* (86), a beneficio dei lavoratori in tema di discriminazione basata sulle disabilità fisiche o psichiche; l'*Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003* (87), in tema di discriminazioni basate sugli orientamenti sessuali; l'*Employment Equality (Age) Regulations 2006* (88), quanto alle discriminazioni basate sull'età dei lavoratori (89).

Parimenti, per quanto riguarda l'ulteriore categoria che la Direttiva in parola vorrebbe proteggere (donne in stato di gravidanza e in periodo di allattamento), in Regno Unito (come pure in altre giurisdizioni europee) è da tempo consolidato un dettagliato *legislative framework* che attribuisce diritti alle madri, ma anche ai padri, in coincidenza con le incombenze sottese alla maternità e alla paternità, rispettivamente (90).

Malgrado ciò, il nuovo articolato comunitario è da apprezzare, quanto meno nel suo rapporto con la giurisdizione britannica e in particolare con i *dicta* che nel common law sono stati elaborati in termini di *status* del lavoratore d'agenzia, particolarmente nel suo rapporto con il terzo utilizzatore. Ed infatti, definendo il *temporary agency worker* quale «lavoratore che sottoscrive un contratto di lavoro o inizia un rapporto di lavoro con una agenzia interinale, al fine di essere inviato in missione [sic] presso un'impresa utilizzatrice per prestare temporaneamente (91) la propria opera sotto il controllo e la direzione della stessa», il legislatore comunitario offre una sua interpretazione su ciò che ontologicamente (e forse *de iure*) è il lavoratore di agenzia. L'avverbio “temporaneamente”, invero, sembra essere un segno inequivocabile del fatto che un rapporto trilaterale in cui la risorsa umana venga allocata a mezzo di una agenzia di lavoro presso un terzo (la “missione” secondo la bizzarra terminologia italiana della Direttiva) può bensì avvenire sotto il controllo e la direzione del terzo; tuttavia, tale allocazione deve essere necessariamente “temporanea”. Mancando la temporaneità, sembra doversi intendere che quel lavoratore non sarà lavoratore di agenzia. Se ciò è vero, la giurisprudenza di oltre Canale - che, con il più volte citato caso “James”, ha elaborato una vera e propria *regula iuris*, in forza della quale non è di per sé rilevante la durata dell'intervallo temporale del lavoratore presso l'utilizzatore per attribuirgli la qualifica di *employee* - non viene contraddetta, ma certo viene ora pervasa da un nuovo principio, di rango comunitario, quello della temporaneità sottesa ad un contratto di agenzia, in mancanza della quale il

contratto dovrebbe essere *contra legem*. L'avverbio “temporaneamente”, invero, seppur non traducibile in un dato numerico (3 mesi, 6 mesi, 1 anno), sembrerebbe incoerente con una allocazione stabile ed è un principio, per ciascun legislatore nazionale (e nel common law, per i giudici), che attiene alle caratteristiche che devono essere connaturate ad un fisiologico rapporto di agenzia. Nell'affermare ciò, si usa il condizionale, in quanto la temporaneità che emerge incidentalmente dal testo comunitario, va calata nel complessivo testo della Direttiva e particolarmente nell'affermazione che lo *status* del lavoratore (*employee* o *worker*) è demandato a ciascuna giurisdizione nazionale (92).

Non solo: sempre in merito all'avverbio “temporaneamente” - e ad essere intellettualmente vagamente diabolici - si potrebbe perfino affermare che l'ambito definitorio “comunitario” del lavoratore di agenzia possa costituire un precetto chiaro e preciso tale da poter essere invocato - prima ancora dell'implementazione della Direttiva comunitaria in ciascuno Stato Membro - dal singolo lavoratore di agenzia, per vedere essere riconosciuto un contratto di lavoro dipendente nella relazione di lavoro con l'*end user*, sull'assunto che il fisiologico rapporto di agenzia (“temporaneo” appunto) è stato superato. (93) Le tesi in parola - la ben nota teoria delle *self-*

### Note:

(84) Come riferito *supra* paragrafi “La qualificazione di...” e “I riflessi della differente qualificazione...”, si tratta sostanzialmente di lavoratori (*workers*) che prestano lavoro a beneficio di un datore di lavoro, ma quest'ultimo è anche il cliente del lavoratore. Ad esempio, rientra in tale categoria un avvocato o in generale un professionista che si impegna a prestare lavoro per un cliente. Il rapporto di clientela, sotteso alle caratteristiche del lavoro del professionista, fa sì che quest'ultimo non sia un *worker*, piuttosto un *self-employed*.

(85) In questo caso l'estensione ai lavoratori e appaltatori è contenuta nella *Section 7* dell'*RRA 1976*.

(86) *Section 4B* del *DDA 1995* rubricata *Contract Workers*.

(87) *Regulation 8* del testo legislativo in parola.

(88) *Regulation 9*, rubricata anche in questo caso *Contract Workers*.

(89) Per un quadro complessivo sul tema della disciplina applicabile ai *workers* in tema di discriminazione, si veda N Selwyn, *Selwyn's Law of Employment* (15<sup>th</sup> edn Oxford University Press, Oxford 2008), *passim*.

(90) *The Maternity and Parental Leave etc. Regulation 1999*.

(91) Enfasi non da testo originale.

(92) Ciò è inferibile dalla stessa disposizione di cui alla Direttiva (articolo 3(1)(a) secondo cui il “lavoratore” è “qualsiasi persona che, nello Stato membro interessato, è protetta quale lavoratore nel quadro del diritto nazionale del lavoro” [enfasi non da testo originale]).

(93) Ad esempio, per il fatto che il lavoratore è utilizzato presso l'*end user* da più di due o tre anni.



*executing directives* - ha un significativo precedente nel Regno Unito proprio nel diritto del lavoro (94); tuttavia, malgrado un istintivo entusiasmo intellettuale per tale assunto, si riconosce che la strada per un tale riconoscimento è alquanto impervia, non essendo riuscito, il legislatore comunitario, a fissare, con riferimento alla "temporalità", un valore numerico utile a qualificare l'avverbio in termini puntuali (95).

### Osservazioni finali

È innegabile che mercè l'applicazione dell'*economic reality test* sistematicamente adottato a partire dagli anni settanta in common law al fine di valutare la sussistenza di *contract of service* - test principalmente ma non esclusivamente (96) basato su fattori quali: (i) il controllo; (ii) la mutualità; (iii) la natura personale del servizio -, il lavoratore di agenzia non avrebbe potuto che essere qualificato quale *employee* (anziché semplice *worker*), operante al servizio dell'*end user* e, dunque, sulla scorta di quest'ultimo assunto, beneficiare di tutte le favorevoli conseguenze che ne discendono. Ciò è anche confermato, quale sorta di lapsus freudiano, dalle chiare posizioni giudiziali (i casi sopra richiamati di "Dacas" e "Cable & Wireless") che nel corso dell'ultimo decennio hanno inferito - partendo dalla situazione di fatto esistente fra *worker* e *end user* e proprio attraverso l'utilizzo dell'*economic reality test* - un rapporto di dipendenza.

Tuttavia, l'applicazione logica e rigorosa del test in parola potrebbe costituire chiaramente un nocumento all'attuale mercato del lavoro che vede il lavoro interinale quale ticket di ingresso per migliaia di lavoratori e, per i datori di lavoro, la possibilità di utilizzare una manodopera altamente flessibile; riconoscere la sussistenza di migliaia di contratti di dipendenza forse rappresenta uno spauracchio per i giudici britannici - i veri legislatori in una materia non incisa dallo *statute* - che tengono vieppiù in considerazione il contesto generale dell'economia e del business.

Sulla scorta di tale ultimo assunto, non si ritiene che la nuova regola di cui al caso "James" - la quale legittima in pieno i lavoratori di agenzia quali meri *workers* a servizio dell'*end user* - sia illogica in sé considerata; è peraltro il segno di una evoluzione che, anche quale riflesso di forme sempre più atipiche di lavoro, deve registrarsi in tema di test ricognitivi del rapporto di lavoro dipendente (97). Tale processo evolutivo aveva portato al risultato che i tre fattori di cui al test dovessero essere congiuntamente applicati al fine dell'individuazione

del *contract of service*; per contro, le eccezioni emerse più di recente dal common law in merito agli *agency workers* (e proprio per effetto del caso "James") sembrano forse il segno tangibile che il test di discernimento del rapporto di dipendenza in Gran Bretagna assume ora le caratteristiche di una coperta troppo stretta, che non è in grado più di coprire il sottostante letto, divenuto improvvisamente a tre piazze. Ove si tiri la coperta da una parte, l'altra rimane scoperta. Fuor di metafora, i meccanismi di individuazione del contratto di lavoro dipendente sono stati congegnati in common law tenendo conto di una realtà di lavoro tradizionale (il "letto a due piazze"), imperniata sulla bilateralità datore di lavoro-lavoratore; quando tale realtà assume caratteristiche di maggiore complessità, per essere diventata trilaterale, come nel caso del rapporto di agenzia (*ergo*, nell'immagine in parola, il letto "a tre piazze" del lavoratore di agenzia), quei meccanismi risultano inadeguati o meglio ingestibili per le conseguenze che ne possono derivare. In tali contesti, l'ideale si cala nel reale e il "legislatore togato" (la magica peculiarità del common law) tira fuori dal cilindro una soluzione, come quella re-

### Note:

(94) Il caso cui si fa riferimento è *Marshall v Southampton Health Authority* [1986] I.C.R. 335, ECJ, connesso alla *Equal Treatment Directive 76/207*; quest'ultimo articolato, prima ancora del termine di implementazione, fu ritenuto direttamente applicabile nel Regno Unito, in quanto recante precetti chiari e precisi; nello specifico, Mrs. Marshall, dipendente di una autorità sanitaria locale (per l'appunto, *Southampton Health Authority*) poté contare sul principio - *clear and precise* - che l'età pensionabile dei lavoratori non deve essere cagione di discriminazione fra "generi", come appunto previsto dalla Direttiva 76/207, peraltro non ancora recepita, a quel tempo, nel Regno Unito. È ben noto che la diretta applicabilità della Direttiva, nella materia lavoristica, può essere invocata esclusivamente dal dipendente di uno Stato o di una emanazione dello Stato (*State or emanation of the State*, nella dicitura inglese), l'emanazione dello Stato essendo specificata in *Doughty v Rolls-Royce plc* [1992] 1 CMLR 1045. Ad essere realisti, tuttavia, non si può ignorare che la diretta applicabilità - invocata in altre circostanze (ad esempio in: *Gibson v East Riding of Yorkshire Council* [2000] I.R.L.R. 598, (CA) - è stata decisamente rigettata in quanto i relativi precetti (in tal caso *Working Time Directive*) non erano sufficientemente precisi. Per commenti di tipo dottrinale si rinvia a V Craig & S Walker, *Employment Law. An Introduction* (2nd edn Thomson/W. Green, Edinburgh 2005) 4 nonché sempre i medesimi nella edizione successiva (Idem, *Employment Law. An Introduction*, cit. *passim*).

(95) Una tale conclusione è adombrata nelle mie lezioni in *Employment Law*, cui mi permetto di rinviare (P De Gioia-Carabellese, *Lectures in Employment Law*, Heriot-Watt University, Edinburgh, Academic Year 2009/2010, Lecture 3).

(96) Cfr *supra* paragrafo "La definizione di *contract of service* nel common law".

(97) Il c.d. *economic reality test*, il quale per quasi quaranta anni è stato in common law il *deus ex machina* al fine della individuazione di una relazione di dipendenza fra *worker* e *employer*.



lativa al caso “James”, che pare evolutiva e pragmatica e, a guardare bene, più precisa, nella sua *ratio decidendi*, del solito sofismo del legislatore europeo (continentale); una soluzione che contiene un chia-

ro messaggio critico per “Bruxelles”, per ciò che non ha il coraggio di legiferare, ma anche e soprattutto una indiretta stoccata alla superfetante ed alluvionale legislazione italiana.

## LIBRI

**COLLANA: Le nuove frontiere della responsabilità civile**  
diretta da P. G. Monateri

### **Gli infortuni *in itinere***

di *Guglielmo Corsalini*

Il volume tratta **la tutela previdenziale degli infortuni *in itinere***, concentrandosi sul dato normativo (art. 12 del decreto legislativo n. 38/2000) e sull'esame della giurisprudenza in materia, e soffermandosi sugli aspetti oggetto di contenzioso e contrasti dottrinali.

In evidenza:

- l'**aggravamento del rischio “strada”** ai fini della tutela dell'infortunio;
- l'attuale irrilevanza del mezzo di locomozione utilizzato dal lavoratore;
- l'**iter** protetto e gli **spostamenti nell'ambito delle pertinenze dell'abitazione**;
- le ipotesi di esclusione dalla protezione previdenziale del viaggio;
- le **interruzioni** e le **deviazioni del percorso**;
- le condizioni per la **tutela del lavoratore trasportato** e di particolari categorie di soggetti assicurati.

Il volume analizza anche il rapporto tra **tutela indennitaria** e **tutela civilistica** degli

infortuni sulle vie del lavoro (con la questione del **“danno differenziale”**) e del concorso tra assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e R.c. Auto, anche in riferimento all'introduzione della protezione INAIL del danno biologico ai sensi dell'art. 13 del decreto del 2000.

L'opera si rivolge a coloro che si interessano di Diritto del Lavoro e della Previdenza, e, per le connessioni tra il sistema di sicurezza sociale e la protezione risarcitoria del danno alla persona, ai civilisti.

*Ipsa* 2009, Euro 30,00

#### **Per informazioni e acquisti**

- **Servizio Informazioni Commerciali**  
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsa di zona** ([www.ipsa.it/agenzie](http://www.ipsa.it/agenzie))
- **<http://ipshop.ipsa.it>**



Ferie

# Ancora una sentenza della Corte di Giustizia sul diritto alle ferie del lavoratore malato

CORTE DI GIUSTIZIA CE, 10 settembre 2009, causa C-277/08 - Pres.Jann - Rel. Levitis - Avv. gen. Trstenjak - P. c. Madrid Movilidad SA

*Direttiva 2003/88/CE - Organizzazione dell'orario di lavoro - Diritto alle ferie annuali retribuite - Congedo per malattia - Ferie annuali che coincidono con un congedo per malattia - Diritto di godere delle ferie annuali in un periodo diverso*

*(Direttiva Ce, 4 novembre 2003, n. 88/2003 art. 7)*

**L'art. 7, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 4 novembre 2003, n. 2003/88/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, deve essere interpretato nel senso che esso osta a disposizioni nazionali o a contratti collettivi a termini dei quali un lavoratore, in congedo per malattia durante il periodo di ferie annuali fissato nel calendario delle ferie dell'impresa di appartenenza, non abbia il diritto, una volta ristabilitosi, di godere delle ferie annuali in un periodo diverso da quello definito inizialmente, eventualmente al di fuori del periodo di riferimento corrispondente.**

	ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI
Conforme	Corte di Giustizia CE, 20 gennaio 2009, Cause riunite C-350/06 e C-520/06 (Schultz-Hoff e altri); Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 626; Cass., 6 aprile 2006, n. 8016.
Difforme	Non sono stati rilevati precedenti in materia.

(Omissis)

### Sulla questione pregiudiziale

17 Con la questione pregiudiziale il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88 debba essere interpretato nel senso che esso osta a disposizioni nazionali o a contratti collettivi ai sensi dei quali un lavoratore, in congedo per malattia durante il periodo di ferie annuali fissato nel calendario delle ferie dell'impresa di appartenenza, non abbia il diritto, una volta ristabilitosi, di godere delle ferie annuali in un periodo diverso da quello definito inizialmente, eventualmente al di fuori del periodo di riferimento corrispondente.

18 Occorre anzitutto ricordare che, come risulta dal testo stesso dell'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88, disposizione alla quale tale direttiva non consente di derogare, ogni lavoratore beneficia di ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane. Questo diritto alle ferie annuali retribuite deve essere considerato come un principio particolarmente importante del diritto sociale

comunitario, la cui attuazione da parte delle autorità nazionali competenti può essere effettuata solo nei limiti esplicitamente indicati dalla stessa direttiva 2003/88 (v., in tal senso, per quanto riguarda la direttiva 93/104, sentenze 26 giugno 2001, causa C-173/99, BECTU, Racc. pag. I-4881, punto 43; 18 marzo 2004, causa C-342/01, Merino Gómez, Racc. pag. I-2605, punto 29, nonché 16 marzo 2006, cause riunite C-131/04 e C-257/04, Robinson-Steele e a., Racc. pag. I-2531, punto 48).

19 A tal riguardo la Corte ha già avuto modo di dichiarare che l'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88 non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale recante modalità di esercizio del diritto alle ferie annuali retribuite espressamente accordato da tale direttiva che comprenda finanche la perdita del diritto in questione allo scadere del periodo di riferimento, purché, però, il lavoratore che ha perso il diritto alle ferie annuali retribuite abbia effettivamente avuto la possibilità di esercitare detto diritto. Di conseguenza, il diritto alle ferie annuali retribuite non si

estingue allo scadere del periodo di riferimento fissato dal diritto nazionale quando il lavoratore è stato in congedo per malattia per l'intera durata o per una parte del periodo di riferimento e non ha potuto esercitare in concreto questo diritto (v. sentenza 20 gennaio 2009, cause riunite C-350/06 e 520/06, Schultz-Hoff e a., non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 43 e 55).

20 Infatti, il lavoratore deve potere beneficiare di un riposo effettivo, per assicurare una tutela efficace della sua sicurezza e della sua salute, poiché l'art. 7, n. 2, della direttiva 2003/88 permette di sostituire il diritto alle ferie annuali retribuite con una compensazione finanziaria solo nel caso in cui sia cessato il rapporto di lavoro (v., in tal senso, per quanto riguarda la direttiva 93/104, citate sentenze BECTU, punto 44, e Merino Gómez, punto 30).

21 È pacifico, inoltre, che lo scopo del diritto alle ferie annuali retribuite è consentire al lavoratore di riposarsi e di beneficiare di un periodo di distensione e di ricreazione. Tale finalità è diversa da quella del diritto al congedo per malattia, accordato al lavoratore affinché possa ristabilirsi da una malattia (v. citata sentenza Schultz-Hoff e a., punto 25).

22 Dalle suesposte considerazioni e, in particolare, da detta finalità del diritto alle ferie annuali retribuite discende che un lavoratore, in congedo per malattia durante un periodo di ferie annuali precedentemente fissato, ha diritto, su sua richiesta e affinché possa godere in concreto delle ferie annuali, di beneficiarne in un periodo diverso da quello coincidente con il periodo di congedo per malattia. La fissazione di tale nuovo periodo di ferie annuali, corrispondente alla durata della sovrapposizione tra il periodo di ferie annuali stabilito inizialmente e il congedo per malattia, è soggetta alle norme e alle procedure di diritto nazionale applicabili per la determinazione delle ferie dei lavoratori, tenendo conto dei vari interessi in gioco, in particolare delle ragioni primarie legate agli interessi dell'impresa.

23 Nell'ipotesi in cui tali interessi ostino all'accettazione della domanda del lavoratore relativa al nuovo periodo di ferie annuali, il datore di lavoro è obbligato a concedere al lavoratore un altro periodo di ferie annuali proposto da quest'ultimo che sia compatibile con detti interessi, senza escludere a priori che tale periodo si collochi al di fuo-

ri del periodo di riferimento per le ferie annuali di cui trattasi.

24 Infatti, come risulta dalla giurisprudenza della Corte, se è pur vero che l'effetto positivo delle ferie annuali retribuite sulla sicurezza e sulla salute del lavoratore si esplica pienamente se le ferie vengono prese nell'anno all'uopo previsto, vale a dire l'anno in corso, tale periodo di riposo permane interessante sotto tale profilo anche qualora se ne fruisca in un momento successivo (v. sentenze 6 aprile 2006, causa C-124/05, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, Racc. pag. I-3423, punto 30, nonché Schultz-Hoff e a., cit., punto 30).

25 Di conseguenza, anche se la direttiva 2003/88 non osta a disposizioni o a prassi nazionali le quali consentano a un lavoratore in congedo per malattia di fruire, durante tale periodo, di ferie annuali retribuite (sentenza Schultz-Hoff e a., cit., punto 31), dal precedente punto 22 emerge che, qualora tale lavoratore non intenda prendere le ferie annuali durante questo periodo di congedo per malattia, queste ultime devono essergli concesse per un periodo diverso.

26 Alla luce delle suesposte considerazioni, la questione pregiudiziale deve essere risolta dichiarando che l'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che esso osta a disposizioni nazionali o a contratti collettivi a termini dei quali un lavoratore, in congedo per malattia durante il periodo di ferie annuali fissato nel calendario delle ferie dell'impresa di appartenenza, non abbia il diritto, una volta ristabilitosi, di godere delle ferie annuali in un periodo diverso da quello definito inizialmente, eventualmente al di fuori del periodo di riferimento corrispondente.

(*Omissis*)

### P.Q.M.

La Corte (Prima Sezione) dichiara: l'art. 7, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 4 novembre 2003, 2003/88/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, deve essere interpretato nel senso che esso osta a disposizioni nazionali o a contratti collettivi a termini dei quali un lavoratore, in congedo per malattia durante il periodo di ferie annuali fissato nel calendario delle ferie dell'impresa di appartenenza, non abbia il diritto, una volta ristabilitosi, di godere delle ferie annuali in un periodo diverso da quello definito inizialmente, eventualmente al di fuori del periodo di riferimento corrispondente.

## IL COMMENTO

di Maria Giovanna Mattarolo

La Corte di Giustizia, del tutto in linea con i propri precedenti, riafferma che il lavoratore ha diritto di usufruire periodo di ferie anche oltre il periodo di riferimento fissato dalla normativa nazionale quando è stato assente per malattia durante detto periodo e non ha potuto in concreto esercitare il suo diritto al riposo.

## La sentenza in commento e i precedenti

Dopo la recente sentenza del 20 gennaio 2009 Cause riunite C-350/06 e C-520/06 (Schultz-Hoff e altri) (1), con questa pronuncia la Corte di giustizia torna sulla interpretazione dell'art. 7 della direttiva 2003/88/CE, relativo al diritto alle ferie del lavoratore, per riaffermare un principio già ampiamente desumibile, se non già ampiamente definito dall'immediato precedente al quale la Corte, dunque, in gran parte rinvia.

Il problema, sia nel caso in esame che nel precedente *Schultz-Hoff*, riguarda la sorte delle ferie già maturate e assegnate al lavoratore, qualora questi non possa materialmente usufruirne nel periodo stabilito perché malato o infortunato. Come è noto, la soluzione è sufficientemente assestata nella giurisprudenza italiana, per la quale è pacifico non solo che il titolo dell'assenza per malattia non può essere mutato a discrezione del datore di lavoro (2), ma anche che la malattia sopravvenuta sospende le ferie già iniziate, con conseguente diritto del lavoratore ad usufruire di un periodo di riposo in un momento successivo (3). La Corte di Giustizia, nella pronuncia in esame, non affronta direttamente questo secondo e più problematico aspetto del rapporto tra ferie e malattia, ma ribadisce il principio che il lavoratore, già assente per malattia, non può essere collocato in ferie neppure per il periodo, già predeterminato, in cui tutti gli altri dipendenti usufruiscono di ferie collettive. La sentenza inoltre - e questo è il punto di maggiore interesse e novità - indica i criteri ai quali attenersi per fissare in concreto il successivo e alternativo periodo di assenza dal lavoro per il recupero delle ferie a guarigione avvenuta.

L'art. 7 della direttiva, come è noto, afferma che «gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane, secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali» e che «il periodo minimo di ferie annuali retribuite non può essere sostituito da un'indennità finanziaria, salvo il caso di fine rapporto di lavoro».

La giurisprudenza della Corte di Giustizia nelle non numerose ma significative sentenze di interpretazione di questa norma ha sempre ritenuto di dover garantire il più possibile la effettiva fruizione del riposo da parte dei lavoratori sottolineando il diritto alle ferie quale diritto sociale comunitario particolarmente importante, al quale non si può derogare; in particolare ha affermato che la maturazione del diritto non può essere subordinata ad un periodo mi-

nimo di lavoro ininterrotto alle dipendenze dello stesso datore di lavoro (4); che la lavoratrice che sia stata assente per maternità durante le ferie collettive del personale ha diritto di usufruire in altro periodo delle ferie maturate (5); che il pagamento delle ferie deve essere effettuato nel periodo in cui il lavoratore ne fruisce e non può essere frazionato e pagato insieme alla retribuzione per il lavoro svolto (6); che in costanza del contratto di lavoro, i giorni di ferie non goduti nel corso dell'anno non possono essere sostituiti con una indennità finanziaria corrisposta nel corso dell'anno successivo, perché le finalità del periodo di riposo non vengono meno qualora il lavoratore ne fruisca anche in un momento successivo (7); infine, che l'art. 7, n. 1, della direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che osta a disposizioni o a prassi nazionali le quali prevedano che il diritto alle ferie annuali retribuite si estingua

### Note:

(1) In questa *Rivista*, 2009, 467, con nota di M.G. Mattarolo e in *Mass. giur. lav.*, 2009, 792, con nota di S. Caponetti.

(2) Peraltro, come è noto, la giurisprudenza italiana non esclude che il lavoratore possa chiedere le ferie anche durante la malattia per evitare il superamento del periodo di comporto. La giurisprudenza di Cassazione più recente sembra ritenere necessaria una richiesta del lavoratore in tal senso «non sussistendo un principio per il quale il datore di lavoro debba, d'ufficio, convertire l'assenza per malattia in ferie» (così Cass. 22 aprile 2008, n. 10352, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 787, con nota di A. Conti; Cass. 10 novembre 2004, n. 21385, in *Mass. giur. lav.*, 2005, 163, con nota di L. De Angelis; Cass., 5 dicembre 2001, n. 15352, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 557, con nota di I. Senatori); tuttavia il datore di lavoro non può rifiutare la richiesta senza un apprezzabile motivo (Cass. 3 marzo 2009, n. 5078). La Corte di Giustizia (nella sentenza sopra citata) ritiene conforme alla direttiva una legislazione nazionale che permetta al lavoratore malato di usufruire delle ferie.

(3) Corte Cost., 30 dicembre 1987, n. 626, in *Foro it.*, 1988, I, 1062, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2109 c.c. nella parte in cui non prevedeva che la malattia insorta durante le ferie ne sospendesse il decorso e, di recente, Cass., 6 aprile 2006, n. 8016, in questa *Rivista*, 2006, 977, con nota di D. Zavalloni al quale si rinvia anche per una ragionata esposizione dei più significativi precedenti giurisprudenziali.

(4) Corte Giust. CE, 26 giugno 2001, causa C-173/99, *Bectu*, in questa *Rivista*, 2001, 1141, con nota di G. Testa.

(5) Corte Giust. CE, 18 marzo 2004, causa C-342/01, *Merino Gomez*, in *Foro it.*, 2004, IV, 229. In quel caso la Corte aveva fatto appello al principio secondo il quale «un congedo garantito dal diritto comunitario non può pregiudicare il diritto di fruire di un altro congedo pure garantito dal diritto comunitario».

(6) Corte Giust. CE, 16 marzo 2006 (*Robinson-Steele e a.*, cause riunite C-131/04 e C-257/04, in *Foro it.*, 2006, IV, 297, con nota di G. Ricci) che ha stabilito così il principio di «tempestività della retribuzione feriale» come osserva V. Bavaro, *Il principio di effettività del diritto alle ferie nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 1341.

(7) Corte Giust. CE, 6 aprile 2006, causa C-124/05, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 509, con nota di G. Ricci, in *Dir. rel. ind.*, 2006, 897, con nota di R. Cosio e in *Arg. dir. lav.*, 2006, 1341, con nota di V. Bavaro.



allo scadere del periodo di riferimento e/o di un periodo di riporto fissato dal diritto nazionale anche quando il lavoratore è stato in congedo per malattia per l'intera durata o per una parte del periodo di riferimento e la sua inabilità al lavoro è perdurata fino al termine del rapporto di lavoro, ragione per la quale egli non ha potuto esercitare il suo diritto alle ferie annuali retribuite (8).

Il caso discusso nella sentenza in esame (9) non si differenzia di molto dal suo immediato precedente, se non per il fatto che, mentre nel caso Schultz-Hoff la malattia perdurava al momento della cessazione del rapporto di lavoro, in questo il dipendente era tornato al lavoro dopo la guarigione ed aveva chiesto di usufruire effettivamente delle ferie che non aveva potuto godere a causa della malattia. Di conseguenza, nella prima sentenza la Corte non ha potuto che riconoscere il diritto alla indennità di ferie non godute dal lavoratore alla cessazione del rapporto di lavoro, mentre nella pronuncia più recente ha affermato il permanere del diritto del dipendente di assentarsi per ferie anche qualora esse vengano a collocarsi in tempi diversi da quelli inizialmente fissati per tutti i lavoratori dell'impresa e anche eventualmente al di fuori del periodo di riferimento corrispondente.

La Corte di giustizia ribadisce dunque che il diritto del lavoratore a godere effettivamente delle ferie non si estingue allo scadere del periodo di riferimento - al quale va equiparato il periodo di riporto eventualmente fissato dal diritto nazionale (10) - qualora il lavoratore sia stato nella impossibilità di usufruire del riposo nei termini previsti. Ulteriore conferma che le ferie non perdono la loro funzione anche se devono essere posticipate e che l'interesse del lavoratore permane (11).

### I criteri per la ridefinizione del periodo di ferie

Quanto ai criteri per la fissazione del nuovo periodo di ferie annuali, corrispondente alla durata della sovrapposizione tra il periodo di ferie annuali stabilito inizialmente e il congedo per malattia, la Corte rinvia alle norme e alle procedure di diritto nazionale applicabili per la determinazione delle ferie dei lavoratori, ma sottolinea anche che si deve tener conto dei vari interessi in gioco, «in particolare delle ragioni primarie legate agli interessi dell'impresa»; tali interessi possono anche giustificare il fatto che il nuovo periodo di ferie «si collochi al di fuori del periodo di riferimento per le ferie annuali di cui trattasi». È questa una precisazione non desumibile dalle precedenti sentenze, che introduce dunque un ele-

mento di novità che può apparire non del tutto coerente dato che la Corte, da un lato ribadisce che il diritto alle ferie è «principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario, non derogabile» e, d'altro lato, considera che nella determinazione e collocazione delle ferie stesse possono essere «primarie» le ragioni legate agli interessi dell'impresa. La precisazione è peraltro opportuna ed equa nella sostanza perché ne risulta che il datore di lavoro non è inderogabilmente legato alla scadenza del periodo di riferimento quando è obbligato a fissare un nuovo periodo di ferie, diverso da quello preventivamente programmato e non usufruito dal lavoratore per fatti - quali la malattia - del tutto indipendenti dalla volontà dello stesso datore di lavoro. Così, come gli interessi dell'impresa vengono necessariamente in considerazione nello stabilire inizialmente i periodi di ferie (12), essi non possono essere del tutto obliterati quando tale periodo debba essere ridefinito mentre, soprattutto nel caso in cui la malattia cessi a ridosso della scadenza del periodo di riferimento, l'obbligatoria concessione, nei termini, delle ferie residue potrebbe negare del tutto la rilevanza degli interessi datoriali.

In definitiva, le ferie saranno ovviamente posticipa-

#### Note:

(8) Corte Giust. CE, 20 gennaio 2009, Cause riunite C-350/06 e C-520/06 (Schultz-Hoff e altri), cit. Tutte le precedenti pronunce citate hanno fatto riferimento alla direttiva n. 93/104/CE che, peraltro, sulla regolamentazione delle ferie non ha subito alcuna modifica nel testo più recente. Diversamente dal congedo di maternità o dal congedo parentale, il congedo per malattia e le modalità del suo utilizzo non sono disciplinati dal diritto comunitario sicché, per giungere alla conclusione prospettata, la Corte ha dovuto, forse un po' artificiosamente distinguere tra gli aspetti relativi alle condizioni di esercizio e di attuazione del diritto alle ferie (regolabili dagli Stati membri) e gli aspetti relativi alla costituzione stessa del diritto che sono vincolati direttamente dalla direttiva sull'orario di lavoro.

(9) Anche in *Mass. giur. lav.*, 2009, 792, con nota di M. Di Francesco.

(10) Così, esplicitamente, Corte Giust., 20 gennaio 2009, cit.

(11) Nota giustamente R. Del Punta, *La riforma dell'orario di lavoro*, in *Dir. prat. Lav.*, 2003, 22, inserto, XXIII, che la necessità di riposo, ove questo sia negato, non viene meno ma anzi aumenta col decorso degli anni. Alla luce di tale indirizzo della Corte di giustizia ho ritenuto che l'art. 10, D.Lgs. n. 66/2003 non individui limiti temporali massimi oltre i quali sia impossibile la fruizione del diritto originario alle ferie, e che il diritto all'effettivo godimento delle ferie stesse, anche oltre i termini, permane, in generale, qualora il dipendente non abbia potuto usufruirne per cause indipendenti dalla propria volontà e dunque anche qualora le ferie gli siano state negate dal datore di lavoro nel periodo previsto dalla norma, ferma restando la sanzione di cui all'art. 18 bis dello stesso decreto a carico del datore di lavoro inadempiente. Per le motivazioni e i riferimenti sia consentito il rinvio al mio commento alla sentenza Schultz-Hoff, in questa *Rivista*, 2009, 467 ss.

(12) Art. 2109 c.c., richiamato dall'art. 10 del D.Lgs n. 66/2003.

te rispetto ai limiti di legge, quando la malattia termini oltre il periodo di riferimento (o quello di riporto); esse, inoltre, potranno essere legittimamente posticipate oltre i limiti anzidetti per esigenze aziendali, qualora il datore di lavoro sia tenuto a concedere al lavoratore l'effettivo godimento delle ferie perdute a causa della malattia.

Per questo aspetto la decisione della Corte di giustizia è direttamente rilevante anche per il nostro ordinamento, non solo perché ribadisce che le ferie vanno comunque godute e il diritto permane nel tempo qualora il lavoratore non abbia potuto usufruirne per cause non dipendenti dalla sua volontà, ma anche perché impone una interpretazione moderatamente elastica dei termini che in base alla lettera dell'art. 10, comma 1, secondo periodo del D.Lgs. n. 66/2003 sembrano assolutamente perentori per il datore di lavoro (13). E tale interpretazione non può non condizionare anche le conseguenze sanzionatorie di cui all'art. 18 bis dello stesso decreto (14), nel senso che non dovrebbe essere punibile secondo quella norma il datore di lavoro che fissi i tempi di recupero delle ferie perdute a causa della malattia al di fuori dei termini di cui all'art. 10, comma 1, qualora lo stesso datore di lavoro adduca (e dimostri)

che primari interessi dell'impresa non hanno consentito altra soluzione (15).

#### Note:

(13) Sulla norma, in dottrina, tra gli altri, R. Del Punta, *La nuova disciplina delle ferie*, in *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, a cura di V. Leccese, Milano, 2004, 378; G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali*, Milano, 2005, spec. 373 ss.; V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivazione del tempo di lavoro*, Bari, 2008, 264 ss.; A. Pessi, *Il diritto alle ferie tra vecchie e nuove problematiche*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 789; M. Lanotte, *Irri-nunciabilità alle ferie e natura dell'indennità sostitutiva*, in *Dir. prat. lav.*, 2006, 1769; F. Pantano, *Mancato godimento delle ferie e risarcimento del danno*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, I, 473; A. Occhino, *Ferie annuali*, in *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, a cura di M. Napoli, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 1361; S. Bertocco, *Ferie annuali*, in *La nuova disciplina dell'orario di lavoro*, a cura di C. Cester, M.G. Mattarolo, M. Tremolada, Milano, 2003, 312.

(14) Sul quale, G. Lella, *Disciplina transitoria, abrogazioni, sistema sanzionatorio*, in *L'orario di lavoro*, a cura di V. Leccese, cit., 591. L'articolo è stato modificato, per aspetti che qui non rilevano, dall'art. 41, comma 8, della L. n. 133/2008.

(15) Come è noto la contrattazione collettiva prevede a volte un periodo massimo di fruizione delle ferie inferiore a quello di 18 mesi successivi all'anno di maturazione individuato dal legislatore; in tal caso è pacifico che la sanzione di cui all'art. 18 bis va applicata decorsi i termini di legge e non quelli contrattuali.

## LIBRI

**Collana: Le nuove frontiere della responsabilità civile**  
diretta da P. G. Monateri

# Disciplina dei contratti turistici e danno da vacanza rovinata

di Ezio Guerinoni

Il turismo, da un punto di vista giuridico, si presenta come un campo di estremo interesse tanto per l'operatore pratico quanto per il teorico.

Il testo affronta le principali questioni che trovano ampio riscontro sia nel foro che sulle pagine dei quotidiani.

In particolare:

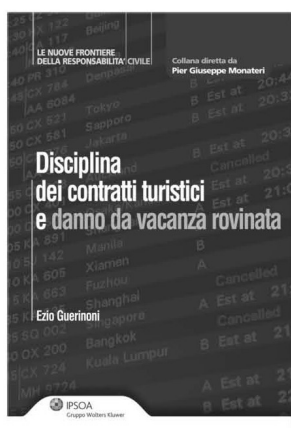
- fonti di disciplina dei **contratti turistici B2C**
- forma e contenuto del **contratto fra turista e operatori professionali**
- **modifiche al "pacchetto" turistico** successive alla conclusione del contratto
- obblighi di avviso e di successivo intervento del **tour operator** e dell'intermediario per i casi di **disservizi e/o gravi problemi sopravvenuti** nel corso della vacanza

- **penali** in caso di **disdetta del viaggio**
- **malattia del turista** e sorte sul contratto concluso
- suddivisione di **responsabilità** fra **tour operator** e **agenzia**
- responsabilità per danni a seguito di **smarrimento del bagaglio**
- **danno da vacanza rovinata** nei suoi vari profili.

Ipsosa 2009, Euro 34,00

#### Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**  
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsosa di zona** ([www.ipsosa.it/agenzie](http://www.ipsosa.it/agenzie))
- <http://shop.wki.it/ipsosa>



Licenziamento

# Illegittimità del licenziamento di lavoratore adibito a mansioni nocive per la salute

CASSAZIONE CIVILE, Sez. Lav., 13 ottobre 2009, n. 21710 - Pres. Est. Roselli - P.M. Abbritti - ASPO S.P.A. c. G.M.G.

*Lavoro subordinato - Licenziamento - Mancanza dei presupposti*

*(Cost. artt. 4-32-35-36-41; c.c. art. 2087)*

**Con la sentenza in esame, la Corte di Cassazione riafferma il principio, sancito inequivocabilmente dall'art. 41 Cost., secondo il quale l'iniziativa economica privata deve ritenersi sempre libera, ma non può peraltro esplicarsi qualora sia in contrasto con la sicurezza, la libertà e la dignità umana. L'osservanza di tale principio vale logicamente anche per i rapporti di lavoro, per cui è ammissibile un controllo giudiziale a tale proposito.**

	ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI
Conforme	Cass., 20 ottobre 2008, n. 25883; Cass., 10 maggio 2007, n. 10672; Trib. Ravenna, 29 ottobre 2007.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in materia.

**Svolgimento del processo**

Con ricorso del 15 gennaio 2002 al Tribunale di Tempio Pausania G. M.G. esponeva di essere stato assunto dall'Azienda servizi pubblici di Olbia (ASPO) come operaio e con mansioni di addetto all'igiene urbana ed all'approvvigionamento dell'acqua potabile; di essere stato successivamente e consensualmente assegnato ai servizi di segnaletica stradale, incompatibili con la sua allergia alle vernici e di essere stato perciò licenziato per inidoneità fisica.

Assumendo rilevanza del licenziamento, il G. chiedeva la condanna dell'Azienda alla reintegrazione nel posto di lavoro ed al risarcimento del danno.

Costituitasi la convenuta, il Tribunale rigettava la domanda con decisione del 18 settembre 2003, riformata con sentenza del 31 marzo 2006 dalla Corte d'appello di Cagliari, la quale accoglieva la domanda osservando come l'Azienda avesse licenziato il G. senza attendere l'esito del ricorso proposto dallo stesso all'AUSL contro la certificazione del medico aziendale, limitatosi a ritenere il lavoratore inidoneo ai servizi di segnaletica.

In realtà l'AUSL aveva accertato bensì questa inidoneità ma aveva altresì ravvisato l'idoneità ai servizi di igiene ambientale.

Sarebbe stato perciò possibile all'ASPO evitare il licenziamento attraverso l'assegnazione del G. a questi ultimi

e precisamente all'attività di autospurgo, mantenendolo altresì all'approvvigionamento idrico, ciò che era realizzabile senza alcuna alterazione dell'organigramma aziendale, semplicemente variando le mansioni dei diversi lavoratori senza danneggiarne alcuno.

Contro questa sentenza ricorre per cassazione la s.p.a. ASPO mentre il G. resiste con controricorso. La ricorrente ha presentato memoria.

**Motivi della decisione**

Col primo motivo la ricorrente lamenta la violazione degli artt. 1363, 1364, 2103, 2082, 2086 cod. civ., L. 15 luglio 1966, n. 604, art. 3, art. 41 Cost., per avere la Corte d'appello dichiarato illegittimo un licenziamento attraverso un indebito sindacato di scelte riservate alla discrezionalità dell'imprenditore, garantita dall'art. 41 Cost. quanto alla distribuzione delle mansioni fra i dipendenti, e attraverso la conseguente imposizione di aggravii organizzativi.

Col secondo motivo la ricorrente deduce vizi di motivazione della parte in cui ritiene il licenziamento in questione frutto di una preordinata e maliziosa ripartizione dei posti di lavoro in azienda.

Col terzo motivo essa prospetta ancora motivazione contraddittoria nella parte in cui la Corte di merito ha ravvisato nell'organico aziendale mansioni adatte alle residue

capacità fisiche del lavoratore, pervenendo così a ritenere illegittimo il licenziamento per motivi oggettivi.

I tre motivi, da esaminare insieme perché connessi, non sono fondati. È vero che l'art. 41 Cost., comma 1 garantisce la libertà di iniziativa economica privata, ma è altresì vero che il comma successivo ne vieta lo svolgimento che rechi danno alla sicurezza ed alla dignità umana. Ciò significa che la libertà dell'imprenditore non equivale ad arbitrio e non è sottratta a qualsiasi controllo pubblico ed in particolare al controllo giurisdizionale. Ferma la insindacabile discrezionalità tecnica nell'organizzazione dell'azienda, il giudice può così controllare il rispetto del diritto del singolo al lavoro (art. 4 Cost., comma 1, art. 35 Cost., comma 1 e art. 36 Cost.) ed alla salute (art. 32 Cost., comma 1 e art. 2087 cod. civ.), eventualmente bilanciando i contrapposti interessi costituzionalmente protetti, dell'imprenditore e del lavoratore dipendente (Cass. 7 agosto 1998 n. 7885).

Nel caso di specie non si è discostata da queste massime la Corte d'appello che ha ritenuto illegittima la perdita del posto di lavoro da parte di una persona che, assegnata a mansioni pacificamente nocive per la sua salute, avrebbe potuto cambiare le proprie con altre mansioni di pari livello, assegnate a altri lavoratori, senza

pregiudizio per costoro e senza mutamenti dell'organico aziendale.

Tutto ciò in base ad un accertamento di fatto motivato in modo completo e coerente.

Né la ricorrente prospetta la necessità di trasferire gli altri lavoratori a sedi o unità produttive diverse, con loro pregiudizio.

In conclusione si deve affermare che l'esercizio dell'iniziativa economica privata, garantito dall'art. 41 Cost., non è sindacabile nei suoi aspetti tecnici dall'autorità giurisdizionale ma deve svolgersi nel rispetto dei diritti al lavoro (artt. 4, 35 e 36 Cost.) ed alla salute (art. 32 Cost., art. 2087 c.c.), con la conseguenza che non viola l'art. 41 cit. il giudice che dichiara illegittimo il licenziamento intimato per sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni assegnate, senza che il datore di lavoro abbia accertato se il lavoratore potesse essere addetto a mansioni diverse e di pari livello, evitando trasferimenti di altri lavoratori o alterazioni dell'organigramma aziendale.

Rigettato il ricorso, le spese seguono la soccombenza.

**P.Q.M.**

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali (*Omissis*).

## IL COMMENTO

*di Gianluigi Girardi*

Nella nota vengono richiamate alcune perspicue pronunce della giurisprudenza riguardanti la libertà dell'imprenditore nell'organizzazione della propria azienda, con riferimento specifico alle modalità con le quali vengono gestiti i rapporti con i propri dipendenti.

### **La fattispecie esaminata dalla Corte Suprema**

Nel caso in esame, la Cassazione si è occupata di un lavoratore che, assunto originariamente come operaio addetto al servizio di igiene urbana ed approvvigionamento di acqua potabile, ed in seguito trasferito a servizi di segnaletica stradale, essendo allergico alle vernici, veniva successivamente licenziato per sopravvenuta inidoneità fisica.

Presentato il ricorso da parte del dipendente, il Giudice di primo grado (Tribunale di Tempio Pausania) dichiarava legittimo il licenziamento intimato al dipendente, mentre andava di diverso avviso la Corte d'Appello, rilevando che nella specie sarebbe stato possibile evitare il licenziamento mediante l'assegnazione del lavoratore ad altre mansioni consimili, il che era realizzabile senza alcuna variazione dell'organigramma aziendale e senza danneggiare altri lavoratori.

Di qui, il ricorso alla Corte Suprema da parte del-

l'imprenditore che lamentava in primo luogo un indebito sindacato del Giudice su delle scelte che erano riservate esclusivamente alla discrezionalità del datore di lavoro.

Con il secondo motivo, l'impresa criticava la decisione del Giudice d'Appello, che aveva ritenuto il licenziamento in questione frutto di una preordinata e maliziosa ripartizione dei posti di lavoro nell'azienda.

Infine, con il terzo motivo di gravame, il ricorrente lamentava il fatto che la Corte aveva in concreto ritenuto illegittimo il licenziamento de quo per motivi oggettivi.

La Cassazione ha peraltro disatteso le critiche fatte alla decisione di secondo grado, rilevando sostanzialmente che, pur riconoscendo la più ampia discrezionalità tecnica dell'imprenditore nell'organizzazione del lavoro dei propri dipendenti, il Giudice ha comunque la facoltà di controllare il rispetto del diritto del dipendente al lavoro ed alla salute, ai sensi



degli artt. 4, 35 e 32 della Costituzione, e 2087 c.c.; nel caso in esame, era stato accertato in fatto che potevano essere agevolmente modificate le mansioni assegnate con altre non nocive, di pari livello, senza alcun pregiudizio per gli altri dipendenti e senza sensibili mutamenti dell'organico aziendale. Il ricorso doveva di conseguenza essere rigettato.

### Principi costituzionali e rapporto di lavoro

Come è ben noto, l'art. 1 della Costituzione italiana afferma solennemente che: «L'Italia è una Repubblica fondata sul lavoro», e vari articoli successivi si occupano specificamente del rapporto di lavoro, per cui appare quanto mai opportuno richiamare in questa sede alcune pronunce giurisprudenziali che, come quella in esame, hanno fatto applicazione concreta dei suindicati principi sanciti dalla Costituzione.

Naturalmente, non è possibile in questa sede, dati i limiti ristretti della presente nota, richiamare specificamente le numerosissime e significative pronunce della Corte Costituzionale che, in questi 50 anni ed oltre di attività, ha chiarito e precisato come debbano essere interpretate le già ricordate disposizioni della Costituzione che riguardano il rapporto di lavoro.

Qui verranno di conseguenza segnalate soltanto alcune decisioni recenti della giurisprudenza ordinaria che sono parse di maggior interesse in questa materia.

La prima di esse è sicuramente la sentenza della Corte di Cassazione 20 ottobre 2008 n. 25883 (1), in base alla quale è stato affermato che: «La sopravvenuta infermità permanente del lavoratore integra un giustificato motivo oggettivo di recesso da parte del datore di lavoro, soltanto allorché si debba escludere la possibilità di adibire il dipendente ad una diversa attività lavorativa, riconducibile alle mansioni già assegnate, oppure ad altre equivalenti e, subordinatamente, anche a mansioni inferiori, purché tale diversa attività sia utilizzabile nell'impresa secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore ...; non si può pretendere infatti che il datore di lavoro, per ricollocare il dipendente non più fisicamente idoneo, debba procedere a modifiche (sensibili) delle proprie scelte organizzative».

Appare evidente ed incontestabile nella decisione riportata la preoccupazione dei Giudici della Corte Suprema di temperare adeguatamente le esigenze del dipendente di poter mantenere, in quanto possibile, il suo posto di lavoro, e quelle dell'imprenditore di poter esercitare in concreto la propria li-

bertà di iniziativa economica, garantita dal ricordato art. 41 della Costituzione.

Con altra decisione di un Giudice di merito, e cioè Trib. Ravenna 29 ottobre 2007 (2), è stato ribadito che: «La sopravvenuta inidoneità psicofisica del lavoratore può giustificare il licenziamento solo se il datore di lavoro offre la documentazione specifica che attesti l'inidoneità stessa, e dia prova di aver valutato correttamente la possibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni compatibili».

In altre due significative pronunce della giurisprudenza è stato ancora una volta evidenziato l'ambito effettivo di operatività del suindicato principio costituzionale di libertà dell'iniziativa economica dell'imprenditore, con particolare riferimento ai rapporti tra questi ed i propri dipendenti, ed è stata posta in luce la facoltà che in proposito può essere riservata al Giudice allo scopo di controllare se la predetta libertà venga esplicata «in modo da non recar danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità dell'uomo», come testualmente dispone il secondo comma del citato art. 41 della Costituzione.

La prima di tali decisioni è quella della Cassazione in data 10 maggio 2007, n. 10672 (3), secondo la quale: «È obiettivamente giustificato il licenziamento del dipendente, attuato ex art. 3 della Legge n. 604 del 1966, allo scopo di sopprimere una posizione lavorativa per ridurre i costi, anche se le mansioni già assegnate al dipendente licenziato vengano distribuite tra altri soggetti; in tal caso, il recesso è strettamente collegato ad elementi, quali l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro ed il regolare funzionamento di essa, e la scelta operata dal datore di lavoro, come espressione della sua libertà di iniziativa economica, garantita dall'art. 41 della Cost. non può essere sindacata; ... (in quanto) l'organico aziendale può essere unilateralmente modificato dal datore di lavoro per una più proficua configurazione dell'apparato produttivo, e per ottimizzare l'efficienza e la competitività dell'impresa».

L'altra significativa decisione che merita di essere ricordata in questa sede è quella di un Giudice di merito, e cioè Trib. Milano 14 gennaio 2008 (4), la quale ha così ribadito: «Il motivo oggettivo di licenziamento, determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, è rimesso alla valutazione del datore di lavoro, senza che il Giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'imprenditore, es-

### Note:

(1) In *Rep. Foro it.*, 2008, 1505.

(2) In questa *Rivista*, 2008, 938.

(3) In *Not. Giur. Lav.*, 2007, 656.

sendo (tale scelta) espressione del principio di libertà dell'iniziativa economica privata, mentre è di prerogativa giudiziaria il controllo della reale sussistenza dei motivi addotti dall'imprenditore».

Per una qualche analogia con la problematica trattata in questa nota, vale la pena di richiamare anche un'ulteriore decisione della Cassazione, e cioè la sentenza della Sezione Lavoro 13 agosto 2008, n. 21579 (5), secondo la quale: «In caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro che adduca a fondamento del recesso la soppressione del posto di lavoro cui era addetto il dipendente licenziato, ha l'onere di provare non solo che, al momento del licenziamento, non sussisteva

alcuna posizione di lavoro analoga a quella soppressa, alla quale avrebbe potuto essere assegnato il lavoratore licenziato, per l'espletamento di mansioni equivalenti a quelle svolte, ma anche di aver prospettato al dipendente stesso, senza ottenerne il consenso, la possibilità di un suo impiego in mansioni inferiori rientranti nel suo bagaglio professionale, purché tali mansioni inferiori siano compatibili con l'assetto organizzativo aziendale, insindacabilmente stabilito dall'imprenditore».

#### Note:

(4) In *Or. Giur. Lav.*, 2008, 1, 1435.

(5) In *Riv. Dir. Lav.*, 2009, 664.

## RIVISTE

### Il Corriere del Merito

**Mensile di giurisprudenza civile, penale e amministrativa commentata**

**Direzione scientifica Civile:** Guido Alpa, Vincenzo Carbone, Claudio Consolo, Vincenzo Cuffaro, Vincenzo Mariconda, Pietro Rescigno

**Direzione scientifica Penale:** Stefano Corbetta, Emilio Dolcini, Angelo Giarda, Giorgio Marinucci

**Direzione scientifica Amministrativa:** Francesco Caringella, Giuseppe Chiné, Rosanna De Nictolis, Fabio Francario, Marco Lipari

Periodicità: mensile

L'obiettivo della rivista è quello di offrire un **panorama giurisprudenziale ricco ed aggiornato** con un'attenzione particolare alla **fruibilità dei contenuti**.

#### Le Sezioni:

- **“Osservatori”, organizzati per Regione** ed arricchiti dall'esposizione del **caso concreto** (“in fatto”) ricavato dal testo ufficiale dei provvedimenti massimati;
- **“In evidenza”** con l'introduzione delle **parole chiave in neretto** e l'**evidenziazione dei passaggi più importanti** all'interno del commento;
- **“I Contrasti”**, una **tabella di sintesi** segnerà i **principali orientamenti giurisprudenziali** inerenti all'argomento trattato;
- **“Primo piano”** un **abstract d'autore** fornisce un sunto dell'argomento di attualità trattato.

In più, **ogni anno** riceverà **tre fascicoli** che tratteranno, di volta in volta, **Rassegne di giurisprudenza e dottrina ragionata** in ambito di diritto **civile, penale e amministrativo**.

Il servizio on-line, riservato agli abbonati e consultabile all'indirizzo

**[www.ipsoa.it/ilcorrieredelmerito](http://www.ipsoa.it/ilcorrieredelmerito)**, permette all'utente di accedere a tutte le novità d'interesse e all'anteprima della Rivista cartacea.

Abbonamento annuale € 185,00

#### Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**  
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** ([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))
- **<http://ipshop.ipsoa.it>**



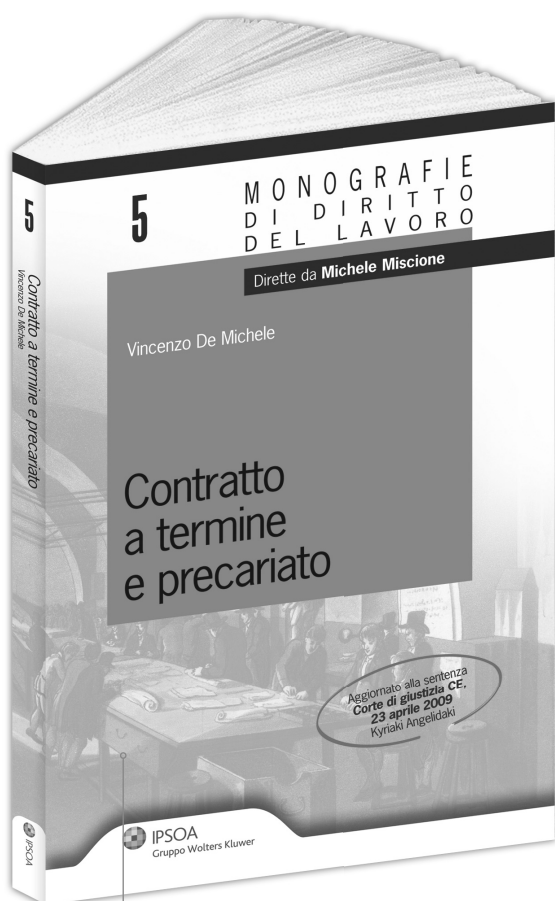


IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

# MONOGRAFIE DI DIRITTO DEL LAVORO

Dirette da **Michele Miscione**



## UTILE PER

Avvocati, aziende, ispettori del lavoro, consulenti del lavoro e magistrati

## Contratto a termine e precariato

Il volume esamina il fenomeno dei **contratti di lavoro a termine** nei settori pubblico e privato, alla luce degli ultimi **interventi legislativi e giurisprudenziali**, nazionali e comunitari (compresa la recente sentenza della **Corte di giustizia CE, 23 aprile 2009, Kyriaki Angelidaki**).

L'Autore analizza, partendo dal caso concreto, i **principi** e le **criticità** dei rapporti a tempo determinato, instaurati sulla base di normative diverse, nonché le **censure** sull'utilizzo improprio o anomalo che l'esperienza giurisprudenziale ha con crescente frequenza evidenziato, soprattutto da parte delle Pubbliche Amministrazioni.

di **Vincenzo De Michele**

pagg. 320, € 40,00, 1 edizione

Compili subito il coupon, e lo invii **via fax allo 02.82476403**. Può acquistare anche on line su **www.shopwki.it** oppure può contattare l'**Agenzia** della sua zona ([www.shopwki.it/agenzie](http://www.shopwki.it/agenzie)) o rivolgersi alle **migliori librerie** della Sua città.

☐ (00102364) Sì, desidero acquistare il volume **Contratto a termine e precariato** di Vincenzo De Michele a € 40,00.

Cognome e Nome \_\_\_\_\_ Azienda/Studio \_\_\_\_\_  
Via \_\_\_\_\_ CAP \_\_\_\_\_  
Città \_\_\_\_\_  
Tel. \_\_\_\_\_ Fax \_\_\_\_\_  
e-mail (obbligatoria): \_\_\_\_\_ Cod. cliente \_\_\_\_\_  
Partita IVA \_\_\_\_\_ C.F. \_\_\_\_\_

☐ (1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura

☐ Addebitare l'importo di € \_\_\_\_\_ sulla mia carta di credito:

☐ Mastercard (16 cifre) ☐ American Express (15 cifre) ☐ VISA (16 cifre) ☐ Diner's (14 cifre)

n° \_\_\_\_\_ Data di scadenza \_\_\_\_\_

Nome e indirizzo titolare carta di credito \_\_\_\_\_

Timbro e firma \_\_\_\_\_

\* Ai sensi dell'art. 13 n. 196 del D.Lgs. n. 30.6.2003. La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel data base informatico del titolare del trattamento, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Responsabile del trattamento: Ufficio MID. L'elenco aggiornato di tutti i responsabili del trattamento potrà essere richiesto per iscritto all'Ufficio MID presso la sede della società. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs. Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Ufficio MID, Milanofiori, Strada 1 - Palazzo F6, 20090 Assago (MI).

\* Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 185/1999. Decorso 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Y67DB LE

Contratto a termine

# Il precariato pubblico tra divieto della tutela costitutiva, risarcimento del danno e stabilizzazione

TRIBUNALE DI FOGGIA, sez. lav., ord. 10 novembre 2009 - Giud. Chiddo - M. c. Asl Fg

*Pubblica amministrazione - Contratto a convenzione - Ammissione processo di stabilizzazione - Accertamento vincolo di subordinazione - Necessità - Diritto alla proroga - Sussiste*

(L. 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 519; L. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 3, comma 92)

**Previo riconoscimento del vincolo di subordinazione, il diritto alla “stabilizzazione” *ex lege* spetta anche nel caso di ripetuti incarichi, espressamente qualificati dall’Azienda Sanitaria come libero-professionali (“a convenzione”), adottati senza soluzione di continuità.**

@ Il testo integrale dell’ordinanza è disponibile su: [www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza](http://www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza)

	ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI
Conforme	Cass., sez. lav., 7 settembre 2009, n. 19271.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in materia.

(Omissis)

Innanzitutto, va osservato che presupposti indefettibili per la tutela in via d’urgenza sono, com’è noto, il *fumus boni iuris*, espresso dalla fondatezza, pur basata su una cognizione sommaria, della pretesa fatta valere, e il *periculum in mora*, rappresentato da un danno imminente e irreparabile che inevitabilmente si verificherebbe nell’attesa della definizione di una controversia ordinaria, sia pur da svolgersi con il più veloce ed efficace rito del lavoro.

Il provvedimento *ex art. 700*, infatti, è uno strumento straordinario che la legge fornisce quando vi sia il pericolo effettivo e non potenziale di un grave ed irreparabile pregiudizio a causa della lentezza dei tempi processuali, con la necessità che il Giudicante operi una verifica concreta dell’esistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora* per evitare che il ricorso *ex art. 700* diventi il mezzo ordinario di risoluzione dei conflitti delle parti, a discapito dei principi costituzionali di difesa.

Per quanto riguarda il primo requisito occorre soffermarsi sulla natura del rapporto di lavoro intercorso tra le parti in causa, e verificare, se al di là del *nomen iuris* attribui-

to dalle stesse ai contratti stipulati, qualificati come contratti di prestazione d’opera professionale, di fatto tale rapporto sia stato svolto con il vincolo della subordinazione.

Il giudice, infatti, deve accertare in maniera rigorosa se quanto dichiarato nel documento stipulato dalle parti, si sia poi realizzato nella realtà fattuale attraverso un fedele comportamento delle parti stesse, soprattutto in quei casi in cui in cui la prestazione lavorativa abbia tratti assimilabili a quelli del lavoro subordinato.

Come enunciato, infatti, dalla Corte di Cassazione «Il riferimento al “*nomen iuris*” dato dalle parti al negozio, risulta di maggiore utilità, rispetto alle altre, in tutte quelle fattispecie in cui i caratteri differenziali tra due o più figure negoziali appaiono non agevolmente tracciabili, non potendosi negare che quando la volontà negoziale si è espressa in modo libero (in ragione della situazione in cui versano le parti al momento della dichiarazione) nonché in forma articolata, si dà concretizzarsi in un documento, ricco di clausole aventi ad oggetto le modalità dei rispettivi diritti ed obblighi, il giudice deve accertare in maniera rigorosa se tutto quanto dichiarato nel documento si sia tradotto nella



realtà fattuale attraverso un coerente comportamento delle parti stesse» (Cass. n. 9264/2007).

La Corte di Cassazione, inoltre, in una recentissima pronuncia, ha precisato che, alla luce del principio affermato dal giudice delle leggi con le sentenze n. 121 del 1993 e n. 115 del 1994, per cui «non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato», l'accertamento della reale natura giuridica del rapporto va fatta secondo le norme del codice civile, che individuano i due tipi e che «norme subordinate, quale il capitolato, o fonti negoziali, quale le convenzioni, non possono determinare una qualificazione giuridica del rapporto diversa da quella che essa ha alla stregua dei parametri legali» (così già Cass. n. 7374/1994), dal momento che le parti non possono fare affidamento sulla inapplicabilità della disciplina inderogabile del lavoro subordinato in ragione del *nomen iuris* del rapporto, non essendo nella disponibilità delle stesse la tipizzazione della fattispecie, a prescindere dalle modalità concrete con cui essa si atteggia (Cass. n. 19271/2009).

Ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro, dunque, poiché l'iniziale contratto è causa d'un rapporto che si protrae nel tempo, la volontà in esso espressa e lo stesso *nomen iuris* che utilizza, pur necessari elementi di valutazione, non costituiscono fattori assorbenti, in quanto il comportamento posteriore alla conclusione del contratto diventa elemento necessario non solo all'interpretazione dello stesso contratto, ma anche all'accertamento di una nuova diversa volontà eventualmente intervenuta nel corso della relativa attuazione e diretta a modificare singole clausole e talora la stessa natura del rapporto di lavoro inizialmente previste; e pertanto, in caso di contrasto fra iniziali dati formali e successivi dati fattuali (emergenti dallo svolgimento del rapporto), questi assumono necessariamente un rilievo prevalente.

Nell'ambito di questo concreto svolgimento, come è stato ripetutamente affermato dalla Suprema Corte, l'elemento distintivo del rapporto di lavoro subordinato è l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore, con la conseguente limitazione della sua autonomia ed il suo conseguente inserimento nell'organizzazione aziendale (Cass. 4 marzo 1998, n. 2370, 25 luglio 1994, n. 6919).

La Corte di Cassazione, ha, però, precisato che «L'elemento distintivo del rapporto di lavoro subordinato è costituito dall'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro - peraltro configurabile con intensità ed aspetti diversi in relazione alla maggiore o minore elevatezza delle mansioni e alla natura delle stesse - con la conseguente limitazione della sua autonomia ed il suo inserimento nella organizzazione aziendale, mentre altri elementi, quali l'assenza di rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario e la forma della retribuzione, assumono natura meramente sussidiaria, e non decisiva».

Nel caso di specie, al di là delle parole utilizzate nel contratto avente formalmente ad oggetto, nella intestazione, «contratto individuale di lavoro temporaneo di collaborazione libero professionale» e «senza alcun vincolo di subordinazione», l'attività sostanzialmente richiesta alla M. consisteva nel fornire attività di ortottista presso l'ospedale di San Severo, secondo le prescrizioni dettate dai medici del reparto, per un certo numero di ore settimanali determinate nell'ammontare complessivo e da dividersi con il personale dipendente della ASL.

Il Dirigente medico del reparto di oculistica dell'ospedale di S. Severo, ascoltato in qualità di informatore, ha dichiarato che la ricorrente «era inquadrata dalla caposala come personale non medico, con turni notturni e pomeridiani; i turni venivano indicati dalla caposala. Il prospetto dei turni di cui ho detto prima era il prospetto dei turni del personale non medico, costituito da sei infermieri e tre ausiliari. I sei infermieri sono tutti dipendenti della ASL; i prospetti di turno venivano inviati alla Direzione sanitaria all'inizio del mese in cui c'era il nome della ricorrente».

Il primario poi, ha precisato che gli ordini venivano impartiti alla ricorrente dal dirigente medico e dalla caposala, che i permessi e le ferie venivano concordati con la caposala e che la ricorrente doveva richiedere alla caposala i permessi per allontanarsi, altrimenti si sarebbe trattato di assenze ingiustificate.

Le stesse circostanze sono state ripetute anche dalle due infermiere ascoltate durante l'istruttoria che hanno confermato pienamente l'assunto attoreo e cioè, l'inserimento della M. all'interno dell'organizzazione del reparto, con una programmazione del lavoro pari a quella del personale dipendente della ASL, tenuta a rispettare gli ordini dei dirigenti medici ed a concordare il lavoro con la caposala.

Da ciò si ricava che l'oggetto della prestazione richiesta non consisteva nella realizzazione di un'opera, di un risultato della propria attività organizzativa, come propriamente richiede la figura contrattuale di cui all'art. 2222 c.c., né di un'opera a contenuto rigorosamente intellettuale, trattandosi di attività esecutiva di prescrizioni e istruzioni dei medici, pur specializzata, ma piuttosto nella «messa a disposizione» delle proprie energie lavorative, pur particolarmente qualificate e presupponenti specifiche cognizioni tecniche.

Quanto, poi, al concreto svolgimento del rapporto, sulla base dell'espletata istruttoria testimoniale, la natura subordinata di esso emerge da una pluralità di circostanze, alcune delle quali da considerarsi essenziali per siffatta configurazione, come l'inserimento della lavoratrice, nell'organizzazione aziendale, in modo continuativo e sistematico, ed altre, aventi carattere sussidiario, quali l'assenza di qualsiasi organizzazione imprenditoriale, l'osservanza di un orario e di turnazioni prefissate; l'assenza di rischio da parte della lavoratrice; la necessità di richiedere un permesso scritto per allontanarsi alla caposala ed al dirigente medico, altrimenti si sarebbe trattato di assenza ingiustificata.

Inoltre, il medesimo rapporto di lavoro è stato reiterato senza interruzioni per tre anni attraverso contratti di ana-

logo contenuto, di cui uno, di tipo subordinato, a tempo determinato, nel quale è stato previsto lo svolgimento, da parte della ricorrente, delle medesime mansioni previste nei contratti di prestazione d'opera, ed, inoltre, il lavoro della ricorrente si svolgeva negli uffici dell'AUSL e con gli strumenti di lavoro dell'AUSL, gli orari, di lavoro osservati sono stati (in tutto e per tutto) quelli dell'ufficio dove ella lavorava, decisi ovviamente dalla direzione dell'AUSL, la ricorrente fluiva pure di riposi settimanali prestabiliti (dall'AUSL).  
Per di più la retribuzione della ricorrente risulta prestabilita in cifra onnicomprensiva nel contratto e corrisposta mensilmente a prescindere dai risultati del lavoro svolto,

in relazione esclusiva della sola attività di lavoro demandata in concreto alla ricorrente sulla base del contratto. Nel caso in esame, dunque, è stato provato che il rapporto di lavoro di cui si tratta costituisce un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato.  
Ciò detto, considerato di tipo subordinato il rapporto di lavoro intercorso tra la ricorrente e la ASL al 15 ottobre 2007, viene meno la ragione giustificativa dell'esclusione della stessa dall'avviso di selezione interna per il profilo di collaboratore sanitario ortottista, come disposto nella delibera del 16 settembre 2009, n. 2823, e pertanto, va disposta l'inclusione della M. nel predetto avviso.  
(Omissis)

**TRIBUNALE DI FOGGIA, sez. lav., sent. 5 novembre 2009, n. 6036 - Giud. Del Prete - Zazzera c. Azienda Ospedaliera "OO.RR."**

*Pubblica amministrazione - Contratto a termine ripetutamente prorogato - Applicabilità D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368 - Sussiste - Conversione contratto a tempo indeterminato - Non sussiste - Ipotesi di danno erariale - Sussiste*

*(D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, art. 4; D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 36; D.L. 25 giugno 2008, n. 112, art. 21, comma 1 bis)*

**Nel caso di reiterazione di contratti a termine alle dipendenze della ASL, il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno, da quantificare ai sensi dei commi quattro e cinque dell'art. 18, L. 20 maggio 1970, n. 300. Vanno rimessi gli atti alla Procura Regionale presso la Sezione Giurisdizionale della Corte dei Conti per l'esame dei profili di responsabilità erariale.**

@ Il testo integrale della sentenza è disponibile su: [www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza](http://www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza)

	ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI
<b>Conforme</b>	Trib. Genova, 14 dicembre 2006, n. 2230, Est. Basilico; App. Genova, Sezione lavoro, 19 novembre 2008, Est. Ghinoy.
<b>Difforme</b>	Trib. Rossano 13 giugno 2007, Est. Coppola; Trib. Milano, 12 gennaio 2007, Est. Sala.

## IL COMMENTO

di Raffaele Irmici

Nel commento, vengono esaminati in particolare due recenti provvedimenti della Sezione Lavoro del Tribunale di Foggia che, pronunciandosi sugli abusi in materia di utilizzazione dei contratti a tempo determinato e sulla qualificazione del rapporto di lavoro del personale precario delle Aziende Sanitarie, hanno risolto, con soluzioni diverse ma in senso favorevole ai lavoratori, i problemi di effettività della tutela giudiziaria relativi alla reiterazione dei contratti a termine e al riconoscimento, ai fini della stabilizzazione, dei periodi svolti senza un vincolo apparente di subordinazione

### Premessa

Le due pronunce del Tribunale di Foggia meritano di essere esaminate in un unico contesto, in quanto riguardano profili, che, pur atteggiandosi in maniera

differente, si collocano all'interno di una medesima fattispecie.  
La questione, di particolare interesse e attualità, riguarda la disciplina del contratto a termine nel pub-

blico impiego e, segnatamente, i suoi effetti nell'ipotesi, patologica, di conclamata illegittimità della reiterazione dell'assunzione e della apposizione del termine; ovvero, nella diversa ipotesi, ritenuta fisiologica dal legislatore, di attività prodromica alla inclusione del lavoratore precario nel processo di stabilizzazione.

### **La sentenza del Tribunale di Foggia in materia di abusi di contratti a termine**

La questione controversa, decisa con la sentenza in commento, ha riguardato il caso di un lavoratore, il quale, assunto alle dipendenze di una Azienda Ospedaliero-Universitaria, con contratti a termine ripetutamente prorogati, ha sostenuto l'applicabilità del regime sanzionatorio dettato dall'art. 5, comma 4, del D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, nonché, in subordine, di quello risarcitorio ex art. 36, comma 5, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

Il Giudice del lavoro ha dato ampia ed esaustiva risposta a entrambe le questioni poste, lasciando intravedere, peraltro, profili di approfondimento e originalità, segnatamente, nella soluzione adottata sulla richiesta risarcitoria, nonché in ordine all'iniziativa della trasmissione degli atti alla Procura Regionale presso la Sezione Giurisdizionale della Corte dei Conti della Puglia.

### **La qualificazione delle Aziende sanitarie come enti pubblici non economici**

Il giudice del lavoro ha affidato la propria decisione, in ordine alla richiesta di conversione a tempo indeterminato dell'originario rapporto di lavoro a tempo determinato (cui ha dato risposta negativa) alle considerazioni, che possono, come di seguito, condensarsi:

a) il dato positivo rinvenibile nell'art. 36, comma 5, nel D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che detta una disposizione chiaramente ostativa alla conversione del contratto nel pubblico impiego;

b) la conseguente inapplicabilità, in materia, dell'art. 5 del D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, anche a ragione del fatto che:

– il legislatore del Testo Unico del pubblico impiego, dopo avere richiamato, nel citato art. 36, la disciplina del D.Lgs. n. 368/01, ha sentito la necessità di regolamentare espressamente (e separatamente) l'aspetto sanzionatorio, con ciò mirando a escludere senza fraintendimenti la possibilità di accesso a una tutela di tipo costitutivo;

– la disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 165/01, che, peraltro, in tema, è stata novellata anche successivamente alla promulgazione del D.Lgs. n. 368/01

(così che non può plausibilmente sostenersi che la normativa di attuazione della direttiva 1999/70/CE abbia derogato, in quanto posteriore, alla legislazione recata dal Testo Unico del 2001), ha natura speciale, «in quanto dettata in maniera specifica per i rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione»;

c) non emerge un fatto sperequativo fra lavoro pubblico e lavoro privato (per il quale la legge espressamente prevede la conversione di cui si discute), sia per l'interesse pubblico presidiato dalle norme che impongono, per il primo, speciali forme di reclutamento; che per la ritenuta legittimità dell'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01 da parte della Consulta;

d) neppure può dirsi integrata una violazione della normativa comunitaria, tanto che la Corte di Giustizia, con più decisioni, ha statuito che non esiste un obbligo generale per gli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi o illegittimamente prorogati;

e) in definitiva, «giammai potrà essere applicato al contratto di lavoro a termine stipulato da un organo o ente pubblico (rientrando nella nozione di ente anche l'azienda sanitaria) il meccanismo sanzionatorio della conversione del rapporto a termine in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ...».

L'inciso della sentenza in commento, da ultimo riportato, tuttavia, in relazione alla specificità della controversia, che vede parte (resistente) in causa un'azienda sanitaria, consente una non trascurabile osservazione preliminare.

La dedotta inapplicabilità della sanzione costitutiva nel pubblico impiego, infatti, nel modello delineato dal giudice foggiano (in linea con la giurisprudenza del g.o. e del g.a.), ha come presupposto fondamentale e ineludibile che l'Azienda sanitaria possa essere (ancora) qualificata come ente pubblico non economico.

È noto che, per la regolamentazione del rapporto di lavoro dei dipendenti degli enti pubblici economici, il legislatore ha espressamente disposto l'applicazione della disciplina privatistica del codice civile, compresi il momento della costituzione del rapporto e le norme sul collocamento (1) (2).

#### **Note:**

(1) Cfr. Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 26811, in *Foro amm. CDS*, 2008, 2, 358: «La dottrina, la giurisprudenza comunitaria, nonché quella nazionale, costituzionale e di legittimità, concordano nell'affermare che la forma giuridica di ente pubblico economico, o di società per azioni, non implica, di per sé sola, (segue)

Per definizione, gli enti pubblici economici sono quegli enti pubblici, comunque denominati, operanti nel campo della produzione e dediti ad attività esclusivamente o prevalentemente economica, ai quali, peraltro, si applica la disciplina contenuta nella L. 20 maggio 1970, n. 300 (art. 37, comma 1). Il complesso organizzativo preposto al raggiungimento dello scopo legale può avere carattere puramente imprenditoriale, ovvero misto, in parte imprenditoriale e in parte amministrativo, sempre che, però, la imprenditorialità resti il suo connotato predominante (3).

L'indagine volta alla individuazione di tali caratteristiche, pertanto, va condotta in concreto, verificando quale sia l'effettiva disciplina legale e statutaria dell'Ente (4).

Per quel che riguarda la qualificazione soggettiva delle attuali Aziende sanitarie, deve osservarsi che, ai sensi dell'art. 3, comma 1 *bis*, del D.Lgs. n. 502/92 e s.m.i., «in funzione del perseguimento dei loro fini istituzionali, le unità sanitarie locali si costituiscono in aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale; la loro organizzazione e funzionamento sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato, nel rispetto dei principi e criteri previsti da disposizioni regionali. L'atto aziendale individua le strutture operative dotate di autonomia gestionale o tecnico-professionale, soggette a rendicontazione analitica».

Il comma 1 *quater* dello stesso articolo, infine, introduce il collegio sindacale, in sostituzione del collegio dei revisori.

L'assetto organizzativo di tali soggetti, altresì, anziché a un regolamento organico (tipico atto normativo di derivazione pubblicistica), è affidato espressamente, come si è visto, a un «atto aziendale di diritto privato».

Le norme fin qui esposte devono, poi, coordinarsi con il principio cardine della riforma sanitaria, che consiste nella creazione di un sistema misto, al cui interno i vari erogatori delle prestazioni (pubblici e privati) sono in competizione fra loro, di modo che il paziente può decidere liberamente a quale struttura affidarsi per la fornitura di servizi che, remunerati secondo tariffe regionali, restano a carico dell'erario. Secondo un orientamento della Giurisprudenza amministrativa, dunque, le Aziende del Servizio Sanitario Nazionale, da organi sub-regionali, sono divenute Enti di diritto pubblico, dotati di autonomia imprenditoriale, riconosciuta in funzione del perseguimento dei loro fini istituzionali (5).

Va da sé che la condivisione di tale prospettiva avrebbe effetti imponenti (finanche devastanti),

conducendo, nel caso di accertata illegittimità del contratto a termine, all'applicazione piena del D.Lgs. n. 368/01 e, per conseguenza, alla obbligatoria costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con l'Azienda sanitaria.

### **Il divieto di conversione nel pubblico impiego nel confronto coi principi comunitari**

A prescindere da tale problematica, la decisione del giudice del Tribunale di Foggia, in ordine alla inapplicabilità della tutela costitutiva nel pubblico impiego, può dirsi ampiamente motivata e corretta nell'epilogo provvedimentale.

Come ha avuto modo di notare la giurisprudenza, «il secondo comma (oggi, quinto comma, *nda*) dell'art. 36, D.Lgs. n. 165/2001 impone una diversa riflessio-

---

#### **Note:**

(continua nota 1)

ove perduri l'evidenza pubblica, la sottrazione alla disciplina pubblicistica a vari fini, soprattutto quello del controllo della Corte dei conti sulla gestione finanziaria dei soggetti partecipati dallo Stato, indipendentemente dalla loro veste giuridica (Corte Cost. 17 dicembre 1993, n. 466), o per la responsabilità amministrativa dei loro amministratori (Cass., sez. un. 22 dicembre 2003, n. 3899; Id., 22 dicembre 2003, n. 19667; Id., 25 maggio 2005, n. 10973), o per l'applicazione della disciplina comunitaria in tema di appalti di un certo importo (Cass., sez. un., 27 aprile 2006, n. 9601). Ma tali statuizioni sono basate su specifiche disposizioni di legge, che raccordano l'evidenza pubblica con la relativa disciplina (per il controllo della Corte dei conti la interpretazione della L. 21 marzo 1958, n. 259, art. 12; per la disciplina comunitaria degli appalti la inclusione degli enti pubblici economici nell'elenco allegato alla direttiva CEE 14 giugno 1993 n. 93/37). Nella disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti degli enti pubblici economici e delle società per azioni, nei quali aziende ed enti pubblici preesistenti siano stati trasformati, non solo tali disposizioni non sussistono (Cass., sez. un., 12 giugno 2006, n. 13538), ma il legislatore ha testualmente disposto l'applicazione della disciplina codicistica, espressamente connessa con la conseguente giurisdizione del giudice ordinario...».

(2) Peraltro, agli enti pubblici economici, non si applica il termine dilatorio di 120 giorni per il pagamento dei debiti della P.A. (anche in favore dei suoi dipendenti), previsto dall'art. 14 del D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito in L. n. 30/99, successivamente modificato dall'art. 147 della L. n. 388/00, a mente del quale «le amministrazioni dello Stato e gli enti pubblici non economici completano le procedure per l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi arbitrali aventi efficacia e comportanti l'obbligo di pagamento di somme di danaro entro il termine di centoventi giorni dalla notificazione del titolo esecutivo. Prima di tale termine il creditore non ha diritto di procedere ad esecuzione forzata nei confronti delle suddette amministrazioni ed enti, né possono essere posti in essere atti esecutivi».

(3) Cfr. Cass., sez. un., 15 marzo 1999, n. 131, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 558.

(4) Cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 1988, n. 6749, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, fasc.12.

(5) Cfr., ampiamente, Tar Calabria, Catanzaro, Sez. II, 6-7 giugno 2002, n. 1603; Tar Calabria, Catanzaro, Sez. II, 14 febbraio 2002, n. 236; 15 gennaio 2002, n. 11, nonché 17 gennaio 2001, n. 37; Cons. Stato, Sez. V, 9 maggio 2001, n. 2609.



ne in ordine ai rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione» (6).

Il carattere preclusivo della suddetta norma è stato confermato dal Giudice delle leggi (7), il quale ne ha ritenuto la conformità ai parametri degli artt. 3 e 97 della Costituzione, sul presupposto che la conclusione del processo di privatizzazione del pubblico impiego non esclude la permanenza di distinzioni tra i diversi regimi.

La differenza resta giustificata, quanto al profilo genetico del contratto, dal principio fondamentale dell'accesso mediante concorso, previsto dall'art. 97, terzo comma, della Costituzione, in materia di pubblico impiego; tale principio impedisce di ritenere irragionevole la disparità di trattamento tra lavoratori privati e lavoratori del pubblico impiego e produce i suoi effetti anche in ordine alle conseguenze dell'accertata illegittimità di stipulazione e successione di contratti a tempo determinato.

La Corte di Giustizia si è occupata in più occasioni della questione (8).

È stato evidenziato che la pronuncia 4 luglio 2006 (Grande Sezione, Adeneler, causa C-212/04) «sembrava aver aperto la via ad una equiparazione tra lavoro pubblico e privato» (9).

In effetti, in quella sentenza, la Corte di Giustizia aveva opinato che «qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato non preveda nel settore considerato altra misura effettiva per evitare e, se del caso, sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinati successivi, il detto accordo quadro osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato, che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare "fabbisogni permanenti e durevoli" del datore di lavoro e devono essere considerati abusivi».

Di lì a qualche mese, tuttavia, la stessa Corte è tornata sull'argomento (sentenza 7 settembre 2006, Vassallo, causa C-180/04), rileggendo il dato alla luce del principio che «non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata

ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico» (10).

Né appaiono censurabili le osservazioni rinvenibili nella sentenza che si annota, relative a) alla chiarezza della lettera della disposizione contenuta nel quinto comma dell'art. 36 del T.U. del P.I.; b) alla separata statuizione della sanzione; soprattutto, c) alla specialità, in materia di impiego pubblico, della disciplina dettata dall'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01, più volte novellato successivamente al 2001, rispetto al D.Lgs. n. 368/01 (11).

La giurisprudenza di merito e di legittimità, a ben vedere, è attestata sulla linea interpretativa del Tribunale di Foggia, in quanto la disposizione preclusiva della conversione a tempo indeterminato dell'originario rapporto a termine, contenuta nell'art. 36, quinto comma, del D.Lgs. n. 165/01, «è assolutamente chiara intanto nell'ampiezza del suo ambito applicativo, investendo ogni ipotesi di assunzione o impiego di manodopera *contra legem*» (12), così che

### Note:

(6) Tribunale di Genova, 14 dicembre 2006, n. 2230.

(7) Corte Cost., 13 marzo 2003, n. 89, in questa *Rivista*, 2003, 831, con nota di P. Sciortino ed in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 355, con nota di Greco.

(8) Cfr. sentenze 4 luglio 2006 (Grande Sezione, Adeneler, causa C-212/04); 7 settembre 2006, riguardante l'Italia (Sezione Seconda, Vassallo, causa C-180/04; Marrosu e Sardino, causa C-53/04.); 15 aprile 2008 (Grande Sezione, Impact, causa C-268/06); 23 aprile 2009 (Sezione Terza, Kyriaki Angelidaki e a., cause riunite C-378-379-380/07).

(9) A. Ciriello, *L'illegittima stipula di contratti a tempo indeterminato nel lavoro pubblico, una vicenda infinita?*, in *Giur. merito*, 2009, 12, 2979.

(10) L'orientamento risulta confermato: v. Corte Giust. CE, 23 aprile 2009 (Sezione Terza, Angelidaki, cause riunite C-378/07, C-379/07 e C-380/07). Per un approfondimento critico della stessa pronuncia, v. M. Miscione, *La Corte di Giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, in questa *Rivista*, 2009, 5, 437 ss.

(11) Di diverso avviso, cfr. l'ordinanza del Tribunale di Genova, Sezione Lavoro, 21 gennaio 2004, che solleva questione di pregiudizialità comunitaria, in un giudizio avente a oggetto la domanda di declaratoria della sussistenza di un rapporto lavorativo a tempo indeterminato con un'Azienda ospedaliera, dando luogo alla citata sentenza "Vassallo" della Corte di Giustizia. In senso adesivo alla pronuncia di rimessione del giudice del lavoro genovese, e fortemente critico della sentenza della Consulta n. 89/03, "di non pregiata qualità", Cfr. V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, 173 ss.

(12) Tribunale di Napoli, Sezione Lavoro, 24 gennaio 2007. La Suprema Corte, del resto, già in precedenza, aveva affermato il seguente principio di diritto: «In tema di assunzioni temporanee alle dipendenze di Pubbliche Amministrazioni con inserimento nell'organizzazione pubblicistica dell'Ente, trovano applicazione le discipline specifiche che escludono la costituzione di rapporti di

(segue)

«la stessa, per la sua collocazione nel contesto di disposizioni imperative speciali regolative del pubblico impiego, imposte dai principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost. e di assunzione tramite concorso, rende impossibile al giudice la pronuncia costitutiva di un rapporto di pubblico impiego» (13).

Come si è detto, la stessa Corte di Giustizia, tuttavia, ha chiaramente espresso che, per quanto non confligga con la disciplina comunitaria una normativa nazionale che escluda il ricorso alla tutela costitutiva, è necessario che «tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico». Ne discende, dal punto di vista generale, che «spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro... Anche se le modalità di attuazione di siffatte norme attengono all'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, esse non devono essere tuttavia meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in particolare, sentenze 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, Racc. pag. I-4599, punto 12, nonché *Adeneler e a.*, cit., punto 95)» (14).

Se, appunto, non sono rinvenibili nel nostro ordinamento strumenti di ripristino della situazione giuridica soggettiva del lavoratore, è conseguenziale rifarsi al risarcimento del danno per equivalente, nella misura che spetterà al giudice quantificare, posto che l'art. 36, comma quinto, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, stabilisce genericamente che «il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative» (15).

Al riguardo, la sentenza in commento, una volta aclarata l'illegittimità del contegno amministrativo tenuto, nella specie, dall'Azienda resistente, ha ritenuto fondato il diritto al risarcimento del danno in favore del lavoratore e ha suggerito di ancorarne modalità e quantità ai cumulativi criteri contenuti nei commi quattro e cinque dell'art. 18 della L. 20

maggio 1970, n. 300 (cd. Statuto dei lavoratori), con la conseguente liquidazione di un importo pari a venti mensilità.

Tale misura, sempre secondo il giudice del lavoro del Tribunale di Foggia, appare adeguata ed effettiva e, in linea con l'insegnamento della Corte di Giustizia, emargina la idoneità dello strumento, anche sotto il profilo «della forza dissuasiva che è propria dei meccanismi sanzionatori».

Non può disconoscersi il radicamento, in giurisprudenza, della soluzione cui è pervenuto il magistrato nel caso che ci occupa, anche al di là della coerente esclusione della applicabilità dell'art. 4 bis del D.Lgs. n. 368/01, per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 214 dell'8 luglio 2009.

Invero, «si tratta dell'unico istituto attraverso il quale il legislatore ha inteso monetizzare il valore del posto di lavoro assistito dalla cosiddetta stabilità reale, qual è quello alle dipendenze della pubblica

---

**Note:**

(continua nota 12)

lavoro a tempo indeterminato anche per i rapporti di lavoro privato, avendo riguardo l'art. 97 Cost. non alla natura giuridica del rapporto, ma a quella dei soggetti, salvo che una fonte normativa non disponga diversamente per casi particolari; alla regola generale, così individuata, non derogano le previsioni dell'art. 5 della Legge Regione Puglia n. 15 del 1994, che si limitano a dettare prescrizioni sulla mano d'opera da impiegare, da parte dei consorzi di bonifica, per la gestione degli impianti irrigui, ma non disciplinano in alcun modo i contratti di lavoro a termine stipulati con la Regione» (cfr. Cass. n. 5517 del 2004, Cass. n. 10453 del 2004, Cass. 12654 del 2004 e numerose altre conformi)» (Cass., 16 maggio 2006, n. 11439).

(13) A. Ciriello, *L'illegittima stipula di contratti a tempo determinato nel lavoro pubblico, una vicenda infinita?*, cit.

(14) Corte Giust. CE, 7 settembre 2006, cit.

(15) La «genericità» del riferimento al risarcimento del danno, senza ulteriori specificazioni in ordine, quanto meno, ai criteri che devono orientare, se non guidare, l'operato del giudice, è (solo) uno dei motivi che ha spinto, ancora recentemente, il Tribunale di Rossano (Est. P. Coppola, ordinanza 14 dicembre 2009) a rimettere alla Corte di Giustizia questione di pregiudizialità comunitaria (con istanza di rito accelerato, data la possibile compromissione di interessi riguardanti un numero rilevante di lavoratori). Nella lunga e articolata esposizione, che per la qualità delle riflessioni merita una autonoma analisi in separato lavoro, il magistrato rimettente, dopo avere dato atto che la disposizione contenuta nell'art. 36, comma 5, del T.U.P.I. «non può ritenersi implicitamente abrogata dalla entrata in vigore (successiva) del D.Lgs. 368/01, considerato che si tratta di disposizione speciale (Corte di Cassazione, Sezione lavoro, sentenza 24/05/2005, n. 10904 ed in particolare il punto 3.1 dei motivi della decisione), non incompatibile con la disciplina delineata dal D.Lgs. 368/01 e con la relativa direttiva comunitaria ed anzi ad essa conforme (e che) non si presta a censure di incostituzionalità», ha posto il problema dell'eventuale conflitto tra le clausole dell'Accordo Quadro recepito dalla Direttiva 1999/70/CE e le norme interne che disciplinano i rapporti di lavoro del personale della scuola e dei lavoratori LSU/LPU; e se, inoltre, «un soggetto, avente le caratteristiche di Poste Italiane S.p.a. ... debba ritenersi organismo statale, ai fini della diretta applicazione del diritto comunitario».

amministrazione ... commisurando il risarcimento al valore minimo (cinque mensilità - art. 18 comma quarto) del danno provocato dall'intimazione del licenziamento invalido più la misura sostitutiva della reintegra (quindici mensilità - art. 18 comma quinto) ... In questo modo si perviene all'applicazione della normativa nazionale in termini compatibili con la disciplina comunitaria, in adesione ai precetti contenuti nelle richiamate decisioni della Corte di giustizia europea» (16).

### I profili di danno erariale

Infine, il Tribunale di Foggia ha ipotizzato profili di danno erariale, in relazione al disposto dell'art. 36, comma 5, D.Lgs. n. 165/01, e ha deciso di trasmettere gli atti alla Procura Regionale presso la Sezione Giurisdizionale della Corte dei Conti della Puglia. L'assunto, ben oltre la definizione della fattispecie esaminata, appare corretto anche in termini generali.

La disposizione richiamata dal giudice è chiara nel determinare: a) il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, in caso di violazione di disposizioni imperative in materia di assunzione; b) la responsabilità e la sanzione a carico dell'Ente; c) l'obbligo dell'Ente di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave; d) la responsabilità dirigenziale, in capo agli stessi, ex art. 21 dello stesso Testo Unico.

Il fine dissuasivo, di cui s'è detto in precedenza, appare, se non assicurato in via principale, quanto meno rafforzato dalla previsione dell'addebito, pecuniario e amministrativo-contabile, a carico dei dirigenti, i quali si siano resi responsabili della violazione delle norme imperative relative all'assunzione di personale a tempo determinato (17).

D'altra parte, la previsione della responsabilità del dirigente non è isolata nello stesso Testo Unico del 2001 (artt. 7, comma 6 e 52, comma 5).

### L'ordinanza cautelare sulla riqualificazione del rapporto ai fini della stabilizzazione

La seconda pronuncia in commento ha il pregio particolare di avere contribuito, al di là di una discussione sulla connotazione del rapporto di lavoro subordinato, a individuare quanto e quando tali requisiti caratterizzanti, pur in presenza di una forma contrattuale (convenzione), espressamente esclusa dal legislatore dal novero dei rapporti passibili di sanatoria, possano incidere sul diritto alla ammissione al processo di stabilizzazione.

Il provvedimento, reso dal Tribunale di Foggia nella

forma dell'ordinanza cautelare, riguarda il caso di affidamento, da parte di un'Azienda sanitaria, di ripetuti incarichi, espressamente qualificati dall'Ente come libero-professionali (a convenzione), senza soluzione di continuità, per oltre tre anni, per lo svolgimento di attività di ortottista nella Divisione di Oculistica di un Presidio ospedaliero della stessa Asl.

L'incarico, dal luglio del 2009, era definitivamente cessato.

L'interessata era stata esclusa dal processo di stabilizzazione avviato dall'Azienda sanitaria, in quanto il servizio, per l'appunto, era stato prestato formalmente in regime libero-professionale (e non con contratto di lavoro a tempo determinato) e, dunque,

### Note:

(16) Trib. Genova, Est. Basilico, 14 dicembre 2006, n. 2230; App. Genova, Sezione lavoro (Est. Ghinoy), 19 novembre 2008. Sul punto, tuttavia, si segnalano arresti giurisprudenziali differenti: «La responsabilità della PA, ai sensi dell'art. 36 D.Lgs. 30/3/01, n. 165, per illegittima apposizione del termine in una successione di contratti a tempo determinato, ha natura contrattuale; stante la legittimità della disciplina della mancata conversione, il danno risarcibile va commisurato alle retribuzioni non percepite per il tempo mediamente necessario per ricercare una nuova occupazione stabile, tenuto conto di zona geografica, età dei lavoratori, sesso e titolo di studio» (Trib. Rossano 13 giugno 2007, Est. Coppola); «nell'ipotesi in cui, nell'ambito della dirigenza medica e veterinaria del servizio sanitario nazionale, siano illegittimamente stipulati con soluzione di continuità diversi contratti di lavoro a tempo determinato, pur non potendo aversi conversione del contratto a termine in contratto di lavoro a tempo indeterminato, è dovuto al lavoratore il risarcimento del danno, ex art. 36, 2° comma, D.Lgs. n. 165/01; tale risarcimento può essere quantificato calcolando l'indennità di esclusività prevista dalla contrattazione collettiva» (Trib. Milano, 12/1/2007, Est. Sala); «... sussiste, tuttavia, il diritto del lavoratore ex art. 36 Cost. a una retribuzione adeguata alla qualità e quantità del lavoro prestato. Opera, nel caso, la presunzione di onerosità che assiste qualsiasi prestazione lavorativa in assenza di prova rigorosa circa l'esistenza tra le parti di situazioni particolari che ne giustificano la gravità» (Trib. Firenze, 6 dicembre 2005, Est. Bazzoffi); «In caso di illegittima e reiterata assunzione a termine alle dipendenze della Pubblica Amministrazione, il lavoratore ha diritto - ai sensi dell'art. 36 D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 - al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative; tale risarcimento deve avere a oggetto anche il Tfr che il dipendente avrebbe percepito in caso di assunzione a tempo indeterminato» (Trib. Napoli, 12 gennaio 2005, Est. Siemeoli).

(17) Il giudice contabile, ancorché relativamente a fattispecie parzialmente differente, è dell'avviso che «le amministrazioni pubbliche, a cominciare dagli enti dotati di autonomia istituzionale, debbono rifuggere da comportamenti elusivi, così come dalla tentazione di reclamare il diritto all'adozione di scelte derogatorie, in nome della "specialità" o della natura peculiare della loro autonomia, sicché tutte le amministrazioni pubbliche sono chiamate a realizzare un giusto equilibrio fra due esigenze, entrambe riconducibili all'obiettivo di garantire, nell'accesso agli impieghi pubblici, così come nel conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni, la "scelta dei migliori"» (Corte dei Conti, Sez. Giur. Lombardia, cit.), anche nella giurisprudenza più risalente (cfr. Corte dei Conti, Sez. Riun., 11 settembre 1991, n. 800).

esulava dalle previsioni del bando, adottato da quella Asl provinciale sulla scorta dell'art. 30 della L.R. 16 aprile 2007, n. 10, emanata nella Regione Puglia a seguito della entrata in vigore della L. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007).

La lavoratrice aveva denunciato che, stanti la denominazione e le disposizioni del contratto, avrebbe dovuto prestare effettivamente attività in regime libero-professionale, senza vincoli di subordinazione alcuna, né di orario; ma che, al contrario, a dispetto del *nomen juris* attribuito ai contratti, l'Ente, discostandosi integralmente dal contenuto e dalla forma convenzionale fittiziamente attribuita al rapporto, le aveva unilateralmente imposto prestazioni proprie dei dipendenti, così che era stata costretta ad attenersi alle disposizioni, agli ordini e alle prassi imposti dal datore di lavoro pubblico, mettendo a sua disposizione, in via esclusiva, le proprie energie lavorative.

Il Tribunale di Foggia è approdato alla declaratoria del diritto della lavoratrice alla inclusione nel processo di stabilizzazione (previa disapplicazione degli atti pregiudizievoli) e alla condanna dell'Ente a prorogare il rapporto di lavoro fino al termine dello stesso processo.

A tali condivisibili conclusioni, il giudice è pervenuto a seguito dell'ineludibile riconoscimento della simulazione di incarichi reiterati, denominati libero-professionali, preordinati a dissimulare contratti di lavoro a tempo determinato e ad eludere, conseguentemente, la normativa vigente.

Il magistrato del lavoro ha dovuto risolvere positivamente, ancorché implicitamente, al fine di apprestare una tutela d'urgenza *ante causam*:

a) la intima difficoltà di un accertamento (effettivo rapporto di lavoro subordinato, non già libero-professionale), volto alla inclusione in un processo di stabilizzazione (18), che trova, probabilmente, la sua sede naturale e compiuta in un giudizio ordinario; b) la sostanziale definitività, dopo la riforma del processo civile del 2005, del provvedimento reso in un procedimento cautelare instaurato ai sensi dell'art. 700 del codice di procedura civile, che ha perduto il suo carattere di mera strumentalità rispetto alle decisioni assunte nel giudizio di merito, non più obbligatorio (19).

### **Gli incarichi convenzionali nel pubblico impiego sanitario**

Per quanto non abbia costituito oggetto della analisi della ordinanza in commento, essendo venuto in rilievo, in quel giudizio, esclusivamente il profilo relativo alla reale subordinazione del rapporto di lavoro,

è necessario esaminare un aspetto preliminare, che attiene alla genetica illegittimità di conferimento, nel pubblico impiego, di taluni incarichi convenzionali (o, almeno, così definiti).

Anche nel caso esaminato dal giudice del lavoro di Foggia, come si è detto, la lavoratrice aveva sottoscritto con l'Ente un contratto a convenzione per attività libero-professionale.

Si tratta, all'evidenza, di forme di lavoro che prevedono, anzi, impongono, una professionalità che, per fermarci al caso di specie, la lavoratrice non poteva possedere (Ortottista, personale del Comparto Sanità, categoria "D"), come riviene dalla previsione dell'art. 7, commi 6 e 6 bis, D.Lgs. n. 165/2001, con l'imposizione di requisiti ancora più stringenti, per lo specifico settore sanitario, nella previsione dell'art. 15 *septies*, D.Lgs. n. 502/1992.

Il rigido apparato normativo e la fissazione della specifica sanzione, nel caso di ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati, della responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti, non ha sconsigliato, tuttavia, le amministrazioni pubbliche, segnatamente nel Servizio Sanitario Nazionale, dall'approvvigionarsi di un gran numero di figure professionali (assistenti sociali, sociologi, educatori, psicologi, pedagogisti, perfino infermieri, ecc.), ricorrendo alla "formula magica" della convenzione (20).

### **Riconoscimento della subordinazione e diritto alla stabilizzazione**

Nell'ordinanza in commento il giudice, dopo avere dato contezza della rilevanza attribuita alla docu-

#### **Note:**

(18) Tra le poche pronunce rese, in sede cautelare, cfr. Trib. Bari, sez. lav., 1 aprile 2009, che ha incidentalmente riconosciuto il carattere di subordinazione del rapporto, nonostante la diversa denominazione del contratto.

(19) In effetti, ai sensi dell'art. 669 *octies*, n. VI, c.p.c., come risultante a seguito della novella recata dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modifiche, in L. 14 maggio 2005, n. 80 e s.m.i., a decorrere dall'1 marzo 2006, «le disposizioni di cui al presente articolo (*n.d.A.: obbligo di iniziare il giudizio di merito in un termine non superiore a 60 giorni*) e al primo comma dell'articolo 669 *novies* non si applicano ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 ...».

(20) Per lo specifico profilo esaminato e per le speciali sanatorie, statali e regionali, che hanno consentito di trasformare gli originali, e non di rado geneticamente illegittimi, rapporti di lavoro libero-professionale in convenzioni a tempo indeterminato, v. R. Irmici, *Contratto a termine e forme di stabilizzazione nel Servizio Sanitario Nazionale*, in D'Onghia M., Ricci M. (a cura di), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Milano, 2009, 231 ss.



mentazione versata in atti dalla lavoratrice e alle dichiarazioni rese dagli informatori, ha concluso, come si è detto, per la reale subordinazione del rapporto di lavoro instaurato con l'Azienda sanitaria.

L'analisi offerta dal magistrato della situazione di fatto, così come affermata ed evolutasi nel corso del rapporto di lavoro, conforta la correttezza delle statuizioni rassegnate nell'ordinanza che si annota, peraltro corroborate da autorevoli e recenti riferimenti giurisprudenziali (in particolare, Cass., Sez. Lav., 7 settembre 2009, n. 19271).

Così, senza dubbio, al di là del *nomen juris* attribuito (dall'Ente, unilateralmente) al rapporto, in generale e nel caso di specie, sono stati ritenuti dal giudice indici rivelatori della subordinazione: l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro; la conseguente limitazione della autonomia del prestatore; l'inserimento dello stesso nella stabile organizzazione aziendale; in via sussidiaria, l'assenza di rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario e di turnazioni prefissati dall'Amministrazione (al pari degli altri dipendenti del Reparto); la necessità di richiedere permessi scritti per ferie, malattie, per allontanarsi dal luogo di lavoro; la forma (stipendiale) della retribuzione.

Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, infatti, «gli indici rivelatori di un rapporto di pubblico impiego sono quei comportamenti concludenti che - anche a prescindere dalla emanazione di un provvedimento di nomina e nonostante una diversa qualificazione formale della fattispecie data dalle parti in sede di conclusione dei contratti per lo svolgimento del servizio - caratterizzano la prestazione, con vincolo di subordinazione, di un'attività lavorativa, rientrante nelle competenze istituzionali di una pubblica amministrazione» (21).

D'altra parte, si consideri, al fine di attribuire definitiva rilevanza alla verifica della reale natura subordinata del rapporto di lavoro, per i fini qui in discussione, che, secondo la Consulta, al legislatore non è «consentito negare la qualifica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato» (22).

Nel caso in esame, la lavoratrice aveva chiesto di essere reintegrata nel posto di lavoro e, a tal proposito, aveva invocato le previsioni del bando, adottato da quella Asl provinciale sulla scorta dell'art. 30 della L.R. n. 16 aprile 2007, n. 10 (23), emanata nella Regione Puglia a seguito della entrata in vigore della L. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007).

In particolare, in base al disposto dell'art. 1, comma 519, della L. 27 dicembre 2006, n. 296 (24), nonché sulla scorta delle previsioni del bando, il personale inserito nel processo di stabilizzazione, fino alla stipula del contratto a tempo determinato, ha diritto alla proroga del contratto in essere a tempo determinato. In merito al processo di stabilizzazione avviato nella Regione Puglia, e con specifico riferimento alle procedure autorizzate per le AA.SS.LL. e gli Istituti di Ricerca e Cura a carattere scientifico, è utile annotare che esso, in realtà, nonostante il dichiarato ossequio alla legge finanziaria 2007, non si presenta interamente aderente a quanto disposto dalla legislazione statale (25).

Infatti, con la L.R. 31 dicembre 2007, n. 40, la Regione Puglia ha autorizzato la stabilizzazione di personale precario appartenente alla «dirigenza medico veterinaria, sanitaria, professionale, tecnica e amministrativa».

La normativa statale, invece, ha escluso espressamente la stabilizzazione per i dirigenti.

Sul punto, si è sostenuto in giurisprudenza che, per le Aziende UU.SS.LL., l'inibizione dettata dal legislatore statale (26) avrebbe senso e vigenza solo con

### Note:

(21) Trib. Lucera, G.L., 3 marzo 2005, n. 110; in termini, fra le tante, Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2003, n. 2562; sez. V, 9 novembre 1998, n. 1594; sez. IV, 3 marzo 1997, n. 176; sez. VI, 8 luglio 1997, n. 1102; sez. V, 3 ottobre 1997, n. 1094; 25 gennaio 1995, n. 134; T.A.R. Molise Campobasso, sez. I, 12 maggio 2008, n. 234; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1645; Tar Molise, Campobasso, 12 maggio 2008, n. 229; CdS, A.P., nn. 1, 2 e 6 del 1992, nonché 4 del 1993.

(22) Corte Cost., 29 marzo 1993, n. 121, in *Lav. prev. oggi*, 1993, 1236.

(23) Art. 30, L.R. Puglia 16.4.2007, n. 10: «1. In attuazione della legge 27 dicembre 2006, n. 296, la Giunta regionale, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, delibera un piano per la stabilizzazione del personale in possesso dei requisiti previsti dalla legge sopra indicata».

(24) Art. 1, comma 519, L. n. 286/06: «Le amministrazioni continuano ad avvalersi del personale di cui al presente comma, e prioritariamente del personale di cui all'articolo 23, comma 1, del D.Lgs. 8 maggio 2001, n. 215, e successive modificazioni, in servizio al 31 dicembre 2006, nelle more della conclusione delle procedure di stabilizzazione».

(25) In particolare, l'art. 1, comma 558, della L. n. 296/06 ha così disposto: «a decorrere dalla entrata in vigore della legge, gli enti di cui al comma 557, fermo restando il rispetto delle regole del patto di stabilità interno, possono procedere, nei limiti dei posti disponibili in organico, alla stabilizzazione del personale non dirigenziale in servizio a tempo determinato da almeno tre anni, anche non continuativi, o che consegua tale requisito in virtù di contratti stipulati anteriormente alla data del 26 settembre 2006 o che sia stato in servizio per almeno tre anni, anche non continuativi, nel quinquennio anteriore alla data di entrata in vigore della presente legge...».

(26) Come si evincerebbe, altresì, dalla Circolare n. 5/08 del Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

riferimento al cd. dirigente di secondo livello, in quanto scelto su base fiduciaria (*intuitu personae*); il dirigente di primo livello, al contrario, avrebbe titolo per partecipare al processo di stabilizzazione, a ragione del fatto che «egli resta un dipendente subordinato che deve attenersi alle mansioni che gli vengono affidate dai superiori» (27).

La tesi si presta ad alcune obiezioni.

Intanto, la distinzione tra dirigenti di primo e secondo livello ha operato solo per gli appartenenti alla dirigenza medica e veterinaria, e non certo per i dirigenti dei ruoli sanitario, amministrativo, professionale e tecnico, la cui disciplina, in ordine al conferimento degli incarichi (di struttura complessa; semplice; di natura professionale anche di alta specializzazione, di consulenza, di studio e ricerca, ispettivi, di verifica e di controllo; di natura professionale per i dipendenti con meno di cinque anni di anzianità), è contenuta nei contratti collettivi (28). Ciò che contraddistingue i dirigenti di quei ruoli, dunque, è solo la tipologia di incarico, in base alla graduazione delle funzioni (29); tali incarichi sono conferiti sulla scorta di un contratto individuale sottoscritto dal dirigente e hanno una durata predefinita, così che neppure è ipotizzabile un dirigente di struttura complessa “di ruolo” (vale a dire a tempo indeterminato).

Quanto al dirigente medico di secondo livello, egli è un dipendente dell'Ente sanitario (30), al pari degli altri dirigenti, e la sua assunzione avviene sulla scorta di una procedura paraconcorsuale (31) (e, dunque, solo in parte fiduciariamente), dovendo il Direttore Generale pubblicare un bando e nominare una Commissione, la quale gli fornirà una rosa di idonei, da cui prescoglierà il soggetto ritenuto maggiormente adatto a ricoprire l'incarico, con atto motivato (32).

In ogni caso, anche per il ruolo medico, la distinzione tra dirigenti di primo e secondo livello è stata abbandonata, proprio in virtù del fatto che i dirigenti si distinguono in base agli incarichi di cui risultano destinatari, conferiti sempre e comunque “a tempo”. In effetti, l'art. 15 *terdecies*, D.Lgs. n. 502/1992 (33), ha collocato l'intera dirigenza sanitaria in un ruolo unico, nominalmente articolato in un solo livello, ma in concreto suddiviso in tre figure, in relazione alle differenti responsabilità professionali e di gestione: il dirigente sanitario (assimilabile al profilo dell'assistente); il dirigente responsabile di struttura semplice, poi divenuto solo “responsabile” (ex aiuto); il dirigente responsabile di struttura complessa, divenuto ora “direttore” (ex primario) (34).

Ad ogni buon conto, il “sospetto” di incostituziona-

lità ha attinto il processo di stabilizzazione avviato dalla Regione Puglia, sia per il personale non dirigenziale (art. 30, L.R. 16 aprile 2007, n. 10), che per

#### Note:

(27) Trib. Trani (Est. La Notte Chirone), ord. 2 marzo 2009, in questa *Rivista*, 2009, 373 ss., con nota di V. De Michele, *Il diritto all'assunzione quale misura sanzionatoria imposta dal diritto comunitario*.

(28) Vd., in particolare, l'art. 27 del CCNL Dirigenza S.A.P.T. 8 giugno 2000.

(29) Art. 26 CCNL Dirigenza S.A.P.T. 8 giugno 2000.

(30) A meno che non si voglia fare riferimento ai contratti *ex art. 15 septies* del D.Lgs. 502/92 e s.m.i.

(31) Ai sensi dell'art. 15 *ter*, comma 2, del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e s.m.i.

(32) Perfino per gli incarichi dirigenziali più qualificati, il cui affidamento può poggiarsi per legge sulla fiducia tra designatore e designato, la giurisprudenza, anche del G.O., ritiene che «in base all'art. 19, 2 comma, D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165, come modificato dall'art. 1, 2 comma, L. n. 145 del 2002, il conferimento dell'incarico dirigenziale deve considerarsi atto amministrativo che il Giudice ordinario può disapplicare in base ai poteri conferitigli dall'art. 63, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, qualora lo stesso risulti viziato per difetto di motivazione. La natura discrezionale dell'atto, infatti, non elimina il diritto soggettivo del lavoratore a una corretta e non discriminatoria valutazione comparativa della sua posizione rispetto a quella degli altri dirigenti aspiranti all'incarico». (Trib. Agrigento, 4 aprile 2003). Ancora: «non può richiarsi l'alta discrezionalità della p.a. nell'individuazione del dirigente cui attribuire l'incarico, in quanto le esigenze di motivazione sono poste a garanzia dell'obiettivo di assegnare specifica responsabilità dirigenziale al soggetto effettivamente e potenzialmente più idoneo ad assumerla in ossequio ai principi di legalità e trasparenza dell'azione amministrativa e soprattutto al principio costituzionale di imparzialità, che ispira anche l'obbligo di motivare adeguatamente la scelta...» (Trib. Roma, 21 febbraio 2003). Il giudice contabile è dello stesso avviso: cfr. Corte dei Conti, Sez. Giur. Lombardia, 24 marzo 2009, n. 165. In merito, è intervenuta anche la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Funzione Pubblica, con la Direttiva n. 10 del 19 dicembre 2007 (in G.U. 25 febbraio 2008, n. 47), avente a oggetto: «affidamento, mutamento e revoca degli incarichi di direzione di uffici dirigenziali». Di fondamentale importanza, *in primis*, il richiamo alla sentenza della Corte Costituzionale 23 luglio 2001, n. 275, secondo la quale «la disciplina privatistica del rapporto di lavoro non ha abbandonato le esigenze del perseguimento degli interessi generali; che in questa logica, essi (i dirigenti) godono di specifiche garanzie quanto alla verifica che gli incarichi siano assegnati tenendo conto, tra l'altro, delle attitudini e delle capacità professionali...».

Di poi, enuncia il Dipartimento, «pur essendo insiti nelle procedure per l'individuazione dei soggetti cui conferire un incarico dirigenziale il carattere della discrezionalità ed un margine più o meno ampio di fiduciarità, è indispensabile che le amministrazioni assumano la relativa determinazione con una trasparente ed oggettiva valutazione della professionalità e delle caratteristiche attitudinali». In questo ambito, l'art. 19 del D.Lgs. n. 165/2001, i cui principi, per le amministrazioni non statali, devono essere recepiti «mediante esercizio della loro autonomia organizzativa», segna il criterio interpretativo di riferimento per la attribuzione degli incarichi dirigenziali.

(33) Come risultante, dapprima, dalla modifica introdotta dall'art. 13, D.Lgs. n. 229/1999, e, successivamente, dall'aggiunta introdotta dall'art. 1, D.Lgs. n. 254/2000.

(34) Cfr. R. Irmici, *La dirigenza*, in *Quad. Forensi*, A.F.S.S., 2004, 1.

il personale dirigenziale (art. 3, comma 40, L.R. Puglia 31 dicembre 2007, n. 40), con riferimento (quanto meno) al profilo della compressione del diritto di coloro i quali si trovavano, all'esito del superamento di ordinarie procedure concorsuali, in graduatorie ancora valide ed efficaci, ma oramai rese sostanzialmente inutilizzabili dalla decisione di assumere personale nella forma della stabilizzazione (35), con ingiustificato favore per i lavoratori precari.

### La "vexata quaestio" della legittimità costituzionale delle "stabilizzazioni"

A parte la peculiare vicenda della stabilizzazione nella Regione Puglia, tale processo, in generale, si presenta come non altro che una sanatoria (36) di posizioni lavorative precarie, atta a porre rimedio a un risalente "blocco" delle assunzioni, costantemente violato, tuttavia, dalle pubbliche amministrazioni, nei modi di cui si è pure fatto cenno innanzi (37), come espressamente ammesso nella citata Circolare n. 5/2008 del Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Non si può non notare, tuttavia, al di là delle intenzioni, la confusione e la sostanziale ipocrisia che oramai attanagliano il sistema, stretto tra uno sbarramento legislativo di rango costituzionale (artt. 97 e 98 della Costituzione) e ordinario (artt. 35 e 36 D.Lgs. n. 165/2001), che, da un lato, non consentono altro accesso alla pubblica amministrazione che non sia il pubblico concorso e vietano la conversione dei contratti a tempo indeterminato; e, per altro verso, l'esigenza del (buon) funzionamento della stessa amministrazione, che sovente si pensa di assicurare ricorrendo a strumenti elusivi.

Orbene, è senza dubbio vero che i sostenitori della tesi di una sopravvenuta inapplicabilità o, perlomeno, inadeguatezza dell'art. 97 Cost. a regolare l'accesso all'impiego pubblico (38), trovano sul proprio percorso interpretativo l'ostacolo insormontabile, da una parte, del divieto formale, ritenuto idoneo, o, comunque, non contrastante con i principi comunitari, perfino dalla Corte di Giustizia (39); e, dall'altro, dell'impossibilità, anche pratica, di una integrale equiparazione o, addirittura, assimilazione del lavoro pubblico a quello privato (con discendente libertà di assunzione).

Infatti, per consentire il superamento del concorso pubblico quale modalità di accesso al pubblico impiego, così da giungere, per successive progressioni, alla conversione del contratto a tempo indeterminato, in caso di illegittima apposizione del termine, come avviene nel lavoro privato, sarebbe necessario,

anzi ineludibile, rendere esplicito con quali criteri, almeno in regime ordinario, dovrebbero avvenire le assunzioni negli Enti pubblici.

In termini più chiari: non è attraverso la conversio-

#### Note:

(35) Si vedano, in proposito, le ordinanze di rimessione di Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2008, n. 4770 (stabilizzazione di personale non dirigenziale) e di Tar Puglia, Lecce, 19 maggio 2009, n. 232 (stabilizzazione di personale dirigenziale), per violazione dell'art. 9, L. n. 207 del 1985, vigente al momento della indizione del concorso, che impone agli enti del Servizio Sanitario Nazionale di utilizzare le graduatorie concorsuali nel biennio successivo alla loro approvazione, nonché della Legge regionale n. 12 del 2005 in base alla quale, per la copertura dei posti vacanti, le U.S.S.LL. della Puglia devono ricorrere alle procedure di mobilità e, subordinatamente, allo scorrimento delle graduatorie concorsuali ancora valide.

(36) Nonostante i riferimenti, qua e là disseminati dal legislatore nella normativa sulla stabilizzazione, in ordine a procedure concorsuali da sostenersi da parte degli aspiranti, è difficile dubitare che, in effetti, si tratti di una sanatoria, come si rinviene in dottrina: cfr. V. Milano, *Le misure di stabilizzazione del lavoro precario nel settore pubblico previste dalla legge finanziaria 2007*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 12.

(37) Come ha statuito di recente (seppure in via cautelare), Trib. Bari (Est. Tarantino), ord. 29 settembre 2009, «non ci si può esimere dal sottolineare che si è evidentemente di fronte a un procedimento di reclutamento a carattere eccezionale, in quanto derogatorio rispetto alla regola, costituzionalmente tutelata, del pubblico concorso quale forma ordinaria di accesso all'impiego alle dipendenze della P.A. a garanzia dei principi di buon andamento e imparzialità». La procedura di stabilizzazione, d'altra parte, non è altro che la eccezione alla regola del pubblico concorso, avallata da una specifica ed espressa autorizzazione legislativa, come costantemente richiesto dalla giurisprudenza amministrativa: «Nel pubblico impiego il rapporto a termine non può essere convertito in rapporto a tempo indeterminato quando nell'ordinamento delle amministrazioni pubbliche manchino norme che consentano tale conversione; in altre parole l'obbligo di trasformazione del rapporto di lavoro, sancito in presenza di specifiche condizioni dall'art. 2, L. 18 aprile 1962 n. 230 ed applicabile in via generale al rapporto di impiego privato, può essere applicato al pubblico impiego solo se la p.a. ne venga legittimata da apposita fonte normativa che ne recepisca il principio nell'ambito e nei limiti connessi all'esercizio della potestà organizzatoria della p.a.» (T.A.R. Toscana, sez. III, 10 ottobre 2002, n. 2411; in termini, *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2002, n. 5419; T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 1 ottobre 2002, n. 4195; T.A.R. Toscana, sez. III, 18 dicembre 2001, n. 2018; Cons. Stato, sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4084).

(38) In tal senso, si veda V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, cit., 152 ss.; nonché *Pubblica Amministrazione e rapporti di lavoro "di fatto"*: riflessioni su art. 2126 c.c. ed effettività della tutela, in AA.VV., *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, a cura di M. D'Onghia e M. Ricci, cit. In entrambi i lavori, l'Autore esprime una complessiva sfiducia nel sistema regolato dal (così definito) "triangolo delle Bermuda", nel quale confluiscono l'art. 2126 c.c., l'art. 36, comma 5, D.Lgs. n. 165/2001 e, appunto, l'art. 97 della Costituzione. La norma costituzionale testè citata (la cui "disapplicazione" avrebbe l'effetto di trascinare nell'oblio anche le altre due) non sarebbe più in grado di regolamentare le assunzioni con contratto individuale di lavoro a tempo indeterminato nel pubblico impiego, che, invece, risulterebbero oramai disciplinate solo dall'art. 35, D.Lgs. n. 165/2001.

(39) Corte di Giustizia, sez. II, 7 settembre 2006, Vassallo, causa C-180/04, cit.



ne a tempo indeterminato del contratto a termine abusivo che si può pervenire a una revisione delle modalità di accesso alla p.a., attualmente ancorate in via esclusiva al concorso pubblico; bensì, al contrario, solo una diversa "lettura" dell'art. 97 Cost. potrà autorizzare (anche mediante l'applicazione integrale D.Lgs. n. 368/01 al pubblico impiego) la tutela della conversione del rapporto, oltre il risarcimento previsto dall'art. 36, D.Lgs. n. 165/01 (40).

È altrettanto innegabile, per altro verso, e sul punto si concorda con gli studiosi maggiormente critici, nel senso dianzi esposto, che la complessiva "ipocrisia" del sistema, da una parte, si fonda proprio sul mantenimento delle attuali prerogative di accesso all'impiego pubblico solo per concorso (41); dall'altra, non lesina di ricorrere a forme di sanatoria (statali e regionali) (42), che, in quanto apertamente collidenti con il principio costituzionale del buon andamento, risultano attuative di modalità di selezione che premiano non i candidati migliori e più idonei, bensì non di rado coloro i quali, per una ragione o per l'altra, si trovano nel posto giusto al momento giusto.

Le modalità attuative della stabilizzazione presentano, poi, ulteriori aspetti critici, in grado di ingenerare esiti perfino paradossali (43).

L'art. 36, comma 2, primo periodo, D.Lgs. n. 165/2001 dispone che «per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti».

È pacifico che le forme contrattuali flessibili di lavoro non sono esclusivamente riconducibili al rapporto di impiego a tempo determinato, ma ricomprendono almeno i contratti a contenuto formativo e tirocinio, di somministrazione e lavoro, di collaborazione coordinata e continuativa.

In modo sorprendente, tuttavia, nonostante il suddetto dato legislativo e il ricorso, notorio, quanto imponente, da parte delle amministrazioni pubbliche, a modalità lavorative diverse (sulla carta) dal rapporto subordinato a tempo determinato, e per giunta senza il rispetto dei vincoli di trasparenza e imparzialità nel reclutamento, il legislatore ha inteso restringere il novero dei candidati alla stabilizzazione al solo personale precario con contratto a tempo determinato.

Tale circostanza si presenta ancora più sconcertante se si pensa che la Funzione pubblica ha, dapprima, testualmente espresso che «... alla base dell'intervento (sulla stabilizzazione del personale precario,

nda) vi è, come noto, la volontà del legislatore di porre rimedio alle situazioni irregolari determinatesi come effetto dell'utilizzo del lavoro flessibile ...»; e successivamente ha ribadito, in modo del tutto incoerente, che «il contratto a termine a cui si è fatto ricorso per soddisfare fabbisogni permanenti e che ha costituito ... fonte di precariato è quello a tempo determinato ... disciplinato dal D.Lgs. 5 settembre 2001, n. 368 caratterizzato dal carattere di subordinazione» (44).

Per le collaborazioni coordinate e continuative, e solo per tali forme di lavoro flessibile, con esclusione delle ulteriori, infatti, il legislatore ha previsto una diversa forma di stabilizzazione «attuata con modalità compatibili con il dettato costituzionale» (dunque, con procedura concorsuale), che «non può essere considerata, sia in termini di rilevanza della prestazione lavorativa sia di conseguente procedura di stabilizzazione da porre in essere, alla stessa stregua di quelle previste dai commi da 519 a 558, art. 1, legge finanziaria 2007 e comma 90, art. 3, legge finanziaria 2008...» (45).

#### Note:

(40) Sta di fatto che l'orientamento della Corte Costituzionale, di cui pure si è detto innanzi, non manifesta esitazioni, nel senso che se è vero che lo stesso art. 97, comma 3, Cost. non può dirsi principio assoluto e inderogabile ("salvi i casi previsti dalla legge"), lasciando spazio alla potestà legislativa non solo dello Stato, ma anche delle Regioni e delle Province autonome, è altrettanto innegabile che, in materia, "la potestà legislativa deve essere esercitata in armonia con la Costituzione" (Corte Costituzionale, 9 novembre 2006, n. 363).

(41) È interessante notare, tuttavia, la formulazione dell'art. 35, D.Lgs. n. 165/01, che fa riferimento non più al "concorso", bensì a "procedure selettive". Si è, così, rilevato che «la norma, fermo restando l'obbligo di adottare forme di reclutamento che garantiscano, imparzialità, accertamento oggettivo della professionalità richiesta ed eguale diritto di accesso, consentirebbe alle amministrazioni di reclutare il proprio personale anche attraverso procedure di tipo non comparativo ... purché vengano rispettati i canoni imposti dall'art. 35, D.Lgs. n. 165/01 che, per ricchezza dei principi enunciati, è rispettoso del vincolo posto dall'art. 97, comma 3, Cost.» (M. G. Greco, *La deroga legislativa al principio costituzionale del concorso per l'accesso al pubblico impiego: natura e limiti*, in questa *Rivista*, 2007, 3, e citazioni, anche di segno contrario, ivi contenute).

(42) Il richiamo è ancora una volta a R. Irmici, *Contratto a termine e forme di stabilizzazione nel Servizio Sanitario Nazionale*, cit.

(43) Cerca di superare uno di questi esiti paradossali, la recentissima ordinanza di Trib. Livorno (Est. Magi) del 15 dicembre 2009, inedita, che ha riconosciuto sussistente il *fumus boni juris* nella domanda giudiziale ex art. 700 c.p.c. di stabilizzazione in un Ente locale, laddove l'unico requisito mancante fosse la stipula del contratto in data anteriore al 28 settembre 2007, ma, prima di detta data, sia stato stipulato un altro contratto, e quello successivo si possa considerare quale mera novazione.

(44) Vd. Circolare n. 5/08, cit.

(45) Circolare n. 5/08, cit., che richiama, per la stabilizzazione dei co.co.co., l'art. 3, comma 94, della L.n. 244/07 (legge finanziaria 2008).



Si parla, così, per i cc.dd. co.co.co., di “prestabilizzazione”, nel senso che il triennio di attività (o di collaborazione), per tale categoria di personale precario, può essere utilizzato soltanto per accedere a rapporti a tempo determinato, «computandosi da tale momento l'ulteriore triennio per poter essere successivamente - e definitivamente - stabilizzati (c.d. “stabilizzazione differita”)» (46).

A dispetto dello sbandierato intendimento di dare una sistemazione ai lavoratori entrati in contatto con la pubblica amministrazione, per il tramite di forme flessibili di lavoro, il legislatore e il suo interprete (quasi) autentico, dunque, hanno attribuito rilievo solo ai contratti a tempo determinato, dimenticando, per restare al caso in esame, quanto il fenomeno dei contratti formalmente convenzionali e sostanzialmente di lavoro subordinato sia esteso e importante.

### Conclusioni

L'ordinanza in oggetto rappresenta, dunque, una risposta corretta, equa e attendibile, sia in quanto frutto di una ricostruzione puntuale della questione dibattuta, sia perché resa non già in una vertenza in cui genericamente sia venuta in discussione la discrasia contrattuale tra forma e contenuto, bensì all'interno di una specifica disamina delle condizioni di accesso al processo di stabilizzazione.

Restano sullo sfondo le questioni ulteriori legate sia alle eventuali differenze retributive tra quanto percepito dalla lavoratrice per effetto del contratto convenzionale e quanto alla stessa spettante laddove correttamente inquadrata a tempo determinato; che al più delicato e problematico profilo del risarcimento del danno, a causa della ritenuta sussistenza di un contratto a tempo determinato, prorogato, illegittimamente, dall'Ente fino al 17 luglio 2009 (e, correttamente, dal giudice per il periodo successivo) (47).

### Note:

(46) Cfr. T.A.R. Puglia Lecce, Sez. I, sentenza 22 maggio 2009, n. 1263.

(47) La logica, prima ancora del diritto, dovrebbe a questo punto indurre a considerare che, per il periodo successivo al 17 luglio 2009, la proroga non possa costituire fonte di pretese risarcitorie, ex art. 36, D.Lgs. n. 165/01, in quanto espressamente disposta dalla legge in vista e in attesa della conclusione del processo di stabilizzazione (con l'assunzione a tempo indeterminato). La lettera della legge (artt. 1, comma 519, L. n. 296/06 e 3, comma 92, L. n. 244/07) non sembra, peraltro, attribuire alle amministrazioni una mera facoltà di proroga dei contratti, bensì imporre un obbligo cogente, come, peraltro, ritenuto dal giudice nella ordinanza in commento. In effetti, laddove il legislatore ha inteso solo facultare le amministrazioni alla proroga dei contratti a tempo determinato, lo ha fatto espressamente (vd. art. 3, comma 95, L. n. 244/07, destinato al personale non inserito nel processo di stabilizzazione).

### LIBRI



COLLANA: **Diritto e processo penale oggi**  
diretta da F. Palazzo e G. Spangher

## Cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea prima e dopo il Trattato di Lisbona

di Ercole Aprile e Filippo Spiezia

Il volume propone un viaggio nello spazio europeo di “libertà, sicurezza e giustizia”, condotto attraverso l'analisi degli strumenti che il diritto appresta per la sua costruzione. In particolare vengono esaminate: la rete giudiziaria europea Cepol, l'accademia europea di polizia, la rete di formazione per i magistrati, le banche dati (SIS, sistema informatico di frontiera) e le Unità di Cooperazione Europol ed Eurojust.

Conclude l'opera un ampio settore dedicato alla modulistica.

Ipsa 2009, Euro 35,00

### Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**  
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsa di zona** ([www.ipsa.it/agenzie](http://www.ipsa.it/agenzie))
- **<http://shop.wki.it/ipsa>**

Requisiti di durata

# Alcuni spunti sul lavoro occasionale e a progetto

TRIBUNALE DI NOVARA, 23 ottobre 2009 - Giud. Tosi - M.M. c. Coop Sociale Quadrifoglio a r.l.

*Lavoro occasionale - Mancanza dei requisiti - Conseguenze - Lavoro a progetto - Mancanza dei requisiti - Presunzione assoluta di subordinazione*

*(Cost. art. 117; D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, art. 61, 69, 89)*

**Il rapporto di lavoro occasionale stipulato ai sensi del comma 2 dell'art. 61, D.Lgs. n. 276/2003 in assenza dei requisiti di durata e di reddito previsti da tale disposizione si può considerare rapporto di lavoro a progetto solo se esista un valido progetto. In assenza di tale requisito il rapporto stesso si converte automaticamente in un rapporto di lavoro subordinato e contro tale qualificazione non è ammessa prova contraria.**

	ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI
Conforme	App. Firenze 29 gennaio 2008.
Difforme	Trib. Pisa 17 novembre 2008.

(Omissis)

### Motivi della decisione

Con ricorso depositato in data 31 gennaio 2008, M.M. conveniva in giudizio la Cooperativa Sociale Quadrifoglio a r.l., esponendo di aver prestato attività lavorativa per la convenuta con mansioni di operatrice socio assistenziale dal 3 maggio 2004 sino al mese di gennaio 2005, dapprima in qualità di addetta all'infanzia con funzioni non educative presso l'asilo comunale di Arona ed in seguito in qualità di OSS assistente agli anziani presso una casa di riposo sita in Ghemme.

Deduceva che, sebbene la Cooperativa avesse applicato al rapporto intercorso la disciplina prevista per le collaborazioni occasionali, in realtà le prestazioni complessivamente rese avevano superato i limiti tassativi di reddito 3 di numero di giorni lavorati previsti dall'art. 61, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003. Rilevato, quindi, che la collaborazione era stata instaurata senza la previsione di uno specifico progetto in violazione del disposto di cui al comma primo della predetta norma, concludeva chiedendo la trasformazione del rapporto, sin dalla sua origine, in un rapporto di lavoro subordinato con inquadramento nel 3° livello del CCNL delle Cooperative del settore socio sanitario assistenziale e, conseguentemente, la condanna della convenuta al pagamento delle differenze retributive nonché di tutte le retribuzioni medio tempore maturate, quantificate in complessivi € 36.623,31.

Costituendosi ritualmente in giudizio con articolata memoria difensiva, la convenuta ha contestato la fondatezza delle pretese avversarie, di cui ha chiesto il rigetto.

Non necessitando la causa di attività istruttoria, il Giudice ha invitato alla discussione orale ed ha pronunciato sentenza, del cui dispositivo ha dato lettura in udienza.

Il ricorso è fondato e merita accoglimento nei limiti e con le precisazioni che si vanno ad esporre.

1. Dalla documentazione versata in atti emerge con evidenza che le prestazioni rese dalla ricorrente a favore della Cooperativa convenuta hanno superato entrambi i limiti fissati dall'art. 61, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003 per l'applicabilità della normativa in materia di collaborazioni occasionali. Come noto, tale disposizione esclude dalla disciplina del contratto a progetto le prestazioni occasionali caratterizzate: i) da una durata complessiva non superiore ai trenta giorni nell'anno solare con ciascun committente e ii) da un compenso complessivo percepito dal lavoratore non eccedente l'importo di € 5.000,00 netti nel medesimo anno solare.

Nel caso di specie, nell'anno 2004 la Cooperativa ha erogato alla Sig.ra M. compensi per complessivi € 6.143,77 netti (pari ad € 7.894,25 lordi), come risulta dalla certificazione sottoscritta dalla convenuta nella sua qualità di sostituto d'imposta (doc. 10 fascicolo ricorrente).

Tale circostanza - anche in forza delle considerazioni che saranno nel prosieguo svolte in merito all'irrelevanza del mutamento del regime fiscale artatamente posto in essere dalla convenuta - è di per sé sufficiente ad impedire la

riconducibilità del rapporto per cui è causa alla nozione di "collaborazione occasionale", atteso che l'art. 61, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003 richiede il rispetto congiunto di entrambe le condizioni sopra ricordate.

In ogni caso, dalle singole dichiarazioni rilasciate dalla lavoratrice relativamente alle retribuzioni percepite mensilmente, nelle quali è distintamente indicato anche il numero di ore lavorate, si evince che la ricorrente ha prestato la propria attività per un ammontare di giorni complessivo di gran lunga superiore al limite consentito dalla legge per le collaborazioni occasionali. Ed infatti, la Sig.ra M. risulta aver lavorato, nel 2004, per complessive n. 1.144 ore: considerando un orario giornaliero normale di 8 ore, il rapporto intercorso tra le parti non può avere avuto una durata inferiore a n. 143 giorni nel corso dell'anno solare (cfr. docc. da 2 a 9 fascicolo ricorrente; sebbene tali documenti provengano dalla ricorrente, la piena attendibilità dei medesimi anche con riferimento al numero delle ore ivi indicate deriva dalla circostanza che i compensi calcolati in base a tali orari corrispondono esattamente a quelli riportati nella certificazione riepilogativa per il 2004 rilasciata dalla resistente). Analogo risultato si ottiene confrontando i predetti documenti con i calendari dei turni predisposti dalla cooperativa per il mese di ottobre, novembre e dicembre 2004 (docc. 12, 13 e 14 fascicolo ricorrente).

Ulteriore conferma del superamento delle soglie previste dall'art. 61, comma 2, D.Lgs. n. 276/03 si desume anche dalla lettura della memoria difensiva, ove si afferma che dal mese di ottobre 2004... il rapporto con la cooperativa, alla luce del fatto che si stavano per superare i limiti imposti dalla legge per le prestazioni occasionali, veniva concordemente mutato in prestazione d'opera occasionale. Infatti ...dal mese di ottobre la cooperativa provvedeva a versare i contributi inps dovuti per quel genere di prestazioni' i comparsi di costituzione, p. 2).

Pertanto, il mero mutamento della disciplina fiscale e contributiva unilateralmente applicata al rapporto da parte della convenuta non è certo idoneo ad aggirare le previsioni di cui agli artt. 61 e 69, D.Lgs. n. 276/03, e ciò per un duplice ordine di motivi:

- in primo luogo, il contenuto e le modalità di svolgimento dell'attività prestata dalla ricorrente a decorrere dal mese di ottobre 2004 sono rimasti invariati rispetto al periodo precedente, in cui la cooperativa aveva considerato il rapporto come collaborazione occasionale. Appare quindi certamente contraddittoria la pretesa della resistente di qualificare la stessa identica prestazione, fornita con le stesse modalità e senza soluzione di continuità per diversi mesi, dapprima quale collaborazione occasionale e, successivamente, quale «prestazione d'opera professionale». Al riguardo, la resistente ha genericamente dedotto che la Sig.ra M. avrebbe offerto alla cooperativa «la propria prestazione professionale autonoma», senza tuttavia neppure offrirsi di provare l'effettiva sussistenza di tale asserita autonomia;

- in ogni caso, la convenuta ha affermato che tale mutamento formale fu deciso proprio «alla luce del fatto che si stavano per superare i limiti imposti dalla legge per le prestazioni occasionali», così espressamente ammettendo

l'intento elusivo della normativa posta a tutela del lavoratore.

2. Ciò posto, è necessario considerare quali siano le conseguenze previste dalla legge per il caso di mancato rispetto dei requisiti temporali e di reddito previsti. L'art. 61, comma 2, D.Lgs. n. 276/03 stabilisce che, in tale caso, «trovano applicazione le disposizioni contenute nel presente capo». Ne discende, pertanto, che se le parti hanno instaurato una collaborazione coordinata e continuativa che non presenta i requisiti della gestione occasionale, la stessa dovrà essere assoggettata alla disciplina generale settata dal comma primo di tale norma che, come noto, impone la riconducibilità della collaborazione «a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso».

Ed infatti, con la novella introdotta dal D.Lgs. n. 276/03 il legislatore ha inteso regolamentare le collaborazioni di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c. statuendo, come regola generale, la necessità che le stesse siano relative ad un progetto ed esonerando da tale revisione solo alcune fattispecie tassativamente determinate. Conseguentemente, o una collaborazione appartiene ai novero di quelle espressamente escluse oppure la stessa deve necessariamente essere riconducibile ad un valido progetto, pena l'applicazione del regime sanzionatorio di cui all'art. 69. Tale impostazione appare, del resto, conforme alla *ratio legis* come riconosciuta dalla generalità della dottrina, che ha ispirato la riforma delle collaborazioni di cui al cd. "decreto Biagi", ovvero sia l'intento di evitare l'utilizzazione delle co.co.co. «in funzione elusiva o frodatoria della legislazione posta a tutela del lavoro subordinato».

Nel caso di specie, in assenza di progetto (e non avendo la resistente nulla dedotto né provato in ordine alla asserita autonomia del lavoro "occasionale" svolto dalla ricorrente) si è pertanto realizzata l'ipotesi di cui al 1° comma dell'art. 69 del D.Lgs. n. 276/03, con la conseguenza che il rapporto tra le parti deve essere considerato un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato fin dal 3 maggio 2004. A tale proposito, non colgono infatti nel segno le censure svolte dalla convenuta in merito alla mancata dimostrazione in giudizio, da parte della ricorrente, degli indici della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato. Ed infatti, la conversione del rapporto nell'ipotesi di carenza dell'elemento formale del progetto opera immediatamente come sanzione prevista dall'art. 69, comma 1, D.Lgs. n. 276/03: il legislatore utilizza l'espressione sono considerati, da cui si ricava che la conversione opera di diritto - non come presunzione ma come vero e proprio imperativo - e che la pronuncia del giudice ha valore di accertamento della "conversione del contratto". Nessuna prova, dunque, deve fornire il lavoratore, essendo chiaro che si parla di rapporti inizialmente autonomi che si trasformano in rapporti di lavoro subordinato indeterminato come sanzione per la violazione del divieto di stipulare contratti di collaborazione coordinata e continuativa al di fuori del contratto a progetto. La norma, nel suo espresso tenore letterale, è di estrema chiarezza: se non c'è il lavoro a progetto, c'è il rapporto di lavoro subordinato e non vi sono altre possibilità alternative. Non è quindi richiesto l'accertamento delle moda-

lità con cui la prestazione si è svolta, perché una volta esclusa la presenza di quell'elemento qualificante scatta l'automatismo e si presume invincibilmente la sussistenza del rapporto di lavoro subordinato.

Da ultimo, si deve rilevare come la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra la Sig.ra M. e la Cooperativa convenuta possa essere accertato solo sino alla fine del mese di gennaio 2005, con esclusione della prosecuzione del medesimo per il periodo successivo a tale data. La ricorrente, infatti, si è limitata ad affermare di aver «prestato servizio» nelle strutture gestite dalla convenuta dal 3 maggio 2004 al mese di gennaio 2005 (circostanza peraltro documentalmente comprovata dalla dichiarazione prodotta *sub. doc. 11*), senza tuttavia nulla dedurre in ordine alle modalità di cessazione del rapporto ed ai motivi per cui ella non ha continuato ad offrire la propria prestazione alla Cooperativa Quadrifoglio anche in seguito.

L'estrema laconicità delle allegazioni attoree nonché la totale assenza di domande sul punto impedisce qualsiasi pronuncia relativa alla permanenza del rapporto oltre la data ultima di svolgimento dell'attività lavorativa indicata in ricorso.

3. Accertato il rapporto di subordinazione esistente tra le parti dal 3 maggio 2004 al 21 gennaio 2005, si deve convenire come la Sig.ra M. debba essere inquadrata nel 3° livello del CCNL Cooperative del settore socio-sanitario assistenziale-educativo, avendo eseguito la ricorrente mansioni di "operatrice socio-assistenziale addetta all'assistenza di case" (*doc. 15 fascicolo ricorrente*): dai calendari dei turni relativi al servizio di assistenza nella casa di riposo di Ghemme, risulta con evidenza che la ricorrente era addetta sia al servizio di assistenza nei turni mattutini e pomeridiani, sia alla pulizia dei bagni (*docc. 12 - 14 fascicolo ricorrente*).

Peraltro, appare del tutto irrilevante la circostanza - opposta dalla convenuta - che la ricorrente fosse un "jolly", chiamata dalla Cooperativa a richiesta e per svolgere le attività non affidate agli altri dipendenti e prevalentemente quelle di pulizia, anche in considerazione del fatto

che la convenuta, nel capitolato d'appalto per lo svolgimento dei servizi di assistenza e pulizia da effettuarsi presso la casa di riposo di Ghemme, cui era addetta la ricorrente, si era obbligata ad inquadrare al 3° livello del CCNL di settore indifferentemente i lavoratori "che svolgono il servizio di assistenza, pulizia e servizi vari" (*doc. 16 fascicolo resistente*).

Ciò posto, si deve procedere alla condanna della parte convenuta a pagare alla ricorrente la somma lorda di 518,50 per differenze retributive relative al periodo 3 maggio 2004 - 31 gennaio 2005, secondo i conteggi attorei che risultano corretti. Per contro, in forza delle considerazioni sopra esposte in ordine alla totale carenza di allegazioni e di domande relativamente alla cessazione del rapporto (in particolare, la ricorrente non ha affermato né di essersi dimessa, né di essere stata licenziata né ha mai impugnato un eventuale recesso datoriale, deducendone l'illegittimità e/o l'inefficacia), nulla può essere riconosciuto alla ricorrente a titolo di retribuzioni maturate a decorrere dalla fine del mese di gennaio 2005, successivamente al quale la Sig.ra M. non ha più fornito alcuna prestazione a favore della Cooperativa convenuta. Il regolamento delle spese di lite segue il criterio della soccombenza, e le stesse vengono liquidate come da dispositivo.

#### P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, accerta la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra le parti dal 3 maggio 2004 al 31 gennaio 2005, con diritto della ricorrente all'inquadramento del 3° livello del c.c.n. l. delle cooperative del settore socio-sanitario assistenziale - educativo; condanna la convenuta a corrispondere alla ricorrente l'importo di € 518,50, oltre interessi legali e rivalutazione dal dovuto al saldo; rigetta per il resto il ricorso; condanna la convenuta a rimborsare al ricorrente le spese di lite, (*Omissis*).

## IL COMMENTO

di Giorgio Mannacio

La sentenza riguarda un caso di rapporto di lavoro nato, nella qualificazione data dalle parti, come lavoro occasionale. Il Giudice nel rilevare l'assenza dei requisiti di durata e di reddito previsti dal comma 2 dell'art. 61, D.Lgs. n. 276/2003 ha osservato che il rapporto stesso avrebbe potuto ritenersi lavoro a progetto. Ha però rilevato l'assenza della condizione qualificante del progetto ed ha pertanto dichiarando che il rapporto stesso doveva considerarsi *juris et de jure* lavoro subordinato a tutti gli effetti a seguito di conversione.

### Premessa

La sentenza che qui si commenta (Tribunale del lavoro di Novara 23 ottobre 2009) presenta indubbi motivi di interesse. per essere analizzata.

Da un primo punto di vista la sentenza va segnalata per la completezza, la chiarezza e l'ordine dell'esposizione dei motivi di fatto e di diritto e la coerente soluzione che essa propone relativamente al caso



esaminato. Essa, peraltro, mostra di non avere alcun dubbio su alcune questioni di costituzionalità che possono porsi in sede di interpretazione dell'art. 69, D.Lgs. n. 276/2003

E, dunque, offre lo spunto, proprio in relazione all'iter argomentativo utilizzato, per integrare l'analisi specifica con qualche digressione critica.

### Il fatto

Tutto ciò premesso passiamo alla descrizione del fatto. Va subito detto che nella ricostruzione di esso il Giudice non ha avuto particolari difficoltà posto che i dati di fatto della controversia sono sempre stati pacifici tra le parti e, dunque, incontrovertibili.

Un soggetto è stato assunto con contratto di lavoro occasionale ai sensi dell'art. 61, comma 2, D.Lgs. n. 276/2003 (1). Ma in realtà il Giudice ha dovuto rilevare che il caso reale (assunzione di quel soggetto) non poteva sicuramente rientrare nello schema giuridico adottato e cioè nello schema del lavoro occasionale sopra citato e ciò per ben due ragioni: il contratto stipulato "sforava" sia i limiti temporali di durata sia i limiti di reddito prescritti dal citato art. 61, comma 2 per la valida configurabilità di un contratto di lavoro occasionale.

Alla ovvia domanda quale fosse allora la "tipologia contrattuale" applicabile alla convenzione con quelle caratteristiche "in eccesso" rispetto allo schema tipico, il Giudice ha fatto seguire un ragionamento che consta di due momenti

La sentenza non lo dice espressamente ma presuppone - correttamente - che i requisiti di durata e reddito di cui all'art. 61, comma 2, siano, per così dire, elementi qualificanti del tipo contrattuale adottato (lavoro occasionale). Coerentemente ha stabilito che la mancanza di essi non consentiva la qualificazione del contratto come contratto di lavoro occasionale. In positivo la sentenza osserva che in tal caso «trovano applicazione le disposizioni contenute nel presente capo» (così si esprime testualmente l'ultimo inciso del già ricordato art. 61, comma 2 del D.Lgs. n. 276/2003).

Cosa significa, esattamente, tale rinvio? A tale domanda - che già la dottrina si era posta (2) - la sentenza dà una risposta che mi sembra coerente sia con la lettera della legge che col sistema.

La risposta - coerente con la lettera della legge - è che il rapporto va regolato dalle norme previste dal Capo I del Titolo VII del D.Lgs. n. 276/2003, capo che contiene l'art. 61, comma 2 e poiché tale Capo relativo al *lavoro a progetto*, è di immediata evidenza l'applicabilità delle regole sul lavoro a progetto.

La risposta è coerente anche col sistema. Questa os-

servazione esige, però, qualche osservazione più complessa.

Quale che sia il giudizio da dare alla riforma attuata con il D.Lgs. n. 276/2003, è certo che essa non ha realizzato affatto una sorta di *rivoluzione copernicana* in suddetta materia. Essa ha operato da un lato nella direzione di mantenere la *summa divisio* tra lavoro subordinato e lavoro autonomo (con le relative differenziate tutele specifiche) e dall'altro nella direzione - questa sì innovativa - di creare specifiche tipologie contrattuali di lavoro caratterizzate, ciascuna, da elementi qualificatori particolari (3). Questo nuovo quadro implica - in linea generale - che un certo fatto della vita reale definibile in termini socio-economici come contratto di lavoro, dal punto di vista della qualificazione giuridica o si inquadra in una delle tipologie contrattuali specifiche di nuovo conio o rientra ancora del sistema che perpetua la dicotomia subordinazione - autonomia.

La sentenza in commento - nel momento in cui, scartata la tipologia del lavoro occasionale - imbocca la strada del lavoro a progetto non fa che tentare, correttamente, l'individuazione delle altre tipologie specifiche di nuovo conio previste dalla parte innovativa del D.Lgs. n. 276/2003, tra le quali vi è, appunto, anche il lavoro a progetto.

### Il fatto e le norme applicabili: dal lavoro a progetto al lavoro subordinato

Senonché anche nel passaggio alla tipologia *lavoro a progetto* (artt. 61-69, D.Lgs. n. 276/2003) (4) si presenta lo stesso ordine di problemi di qualificazione che sono già stati messi in luce nel paragrafo precedente a proposito del lavoro occasionale.

Anche il lavoro a progetto (quale istituto normativo) è tale in quanto la convenzione reale attuata dalle parti presenti la caratteristiche che la legge prevede per tale tipologia. Tra queste caratteristiche

#### Note:

(1) Per il lavoro occasionale in generale v. Pedrazzoli, *Lavoro a progetto e lavoro occasionale*, in *Il nuovo mercato del lavoro - Dlgs 10 settembre 2003 n. 267 - Commentario*, Bologna, 2004, 663 ss.

(2) V. Lunardon, *Lavoro a progetto e lavoro occasionale*, in *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali - Certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Commentario al Dlgs 10 settembre 2003 n. 267*, coordinato da Carinci, Milano, 2004, 40.

(3) È significativo il titolo che Vallebona attribuisce al suo commento al D.Lgs. n. 276/2003 (*La riforma dei lavori*, Padova, 2004).

(4) Per il lavoro a progetto in generale v. Vallebona, *Op. cit.*, 21; Lunardon, *Op. cit.*; Pedrazzoli, *Op. cit.*; Pinto, *Le collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro a progetto*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di Curzio, Bari, 2004, 311 ss.

(condizioni o elementi che dir si voglia) è essenziale la *presenza di un progetto*.

Tale necessità è confermata dalla norma di chiusura dell'art. 69, D.Lgs. n. 276/2003 che non ammette altra alternativa se non questa: o il rapporto coordinato e continuativo ha un progetto ed allora si è nella tipologia specifica del *lavoro a progetto* o il progetto manca ed allora il rapporto va considerato lavoro subordinato.

Val la pena di ricordare che la tipologia specifica del lavoro a progetto ha lo scopo - dichiarato dal c.d. legislatore (art. 12, comma 1, Preleggi) (5) di eliminare la figura delle collaborazioni coordinate e continuative che si presentavano, il più delle volte, come mascheramenti di veri e propri rapporti di lavoro subordinato (6).

Nel caso di specie era del tutto pacifica l'assenza totale di qualsivoglia *progetto* e ciò esonera il commentatore dall'affrontare la controversa questione circa il contenuto concreto di tale nozione che è, come noto, controversa (7).

Interessa, invece, concretamente esaminare la validità delle conseguenze che la sentenza collega alla pacifica mancanza dell'elemento progetto.

Secondo la decisione la conseguenza è la *conversione* del contratto a progetto senza progetto in un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a far tempo dalla data di assunzione.

La decisione, rispondendo ad una obiezione della difesa del datore, che aveva eccepito la mancata dimostrazione dell'esistenza della subordinazione, osserva che la conversione opera automaticamente come *sanzione* alla mancanza del progetto ed argomenta tale conclusione rilevando che la legge si esprime nel modo seguente: «I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto .....sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del Rapporto» (art. 69, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003) (8).

La decisione aggiunge, a diradare ogni possibile equivoco, che si tratta di una *presunzione assoluta* contro cui è inammissibile ogni prova contraria.

Sul problema delle conseguenze della mancanza di progetto sono state formulate diverse soluzioni e quella adottata dalla decisione in commento sospettata di incostituzionalità (9).

Essa, dunque, da un lato si allinea a quelle che aderiscono alla tesi della *conversione-presunzione assoluta* (10) e dall'altro non affronta il problema dell'incostituzionalità sul quale vale la pena - a mio giudizio - di tornare con qualche rapido flash.

## Cenni sul problema di costituzionalità

Quest'ultimo paragrafo intende segnalare - rapidamente e con consapevole sommarietà - alcuni punti sui quali si fonda il convincimento che la questione di costituzionalità del meccanismo di conversione non può dirsi definitivamente risolta.

I punti che intendo mettere in evidenza sono tre:

a) come è noto la Corte costituzionale con sentenza n. 399/2008 (11) ha avuto modo di occuparsi della questione di costituzionalità dell'art. 86, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003 secondo cui i contratti di collaborazione coordinata e continuativa (i c.d. co.co.co.) stipulati anteriormente al D.Lgs. sopra ricordato non potevano conservare efficacia se non per un tempo limitato, escludendosi che potessero mantenere vigore per la durata originariamente stabilita dalle parti. Rispetto a tale questione la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della disposizione nella parte in cui non prevedeva la possibilità che i contratti stessi conservassero la loro efficacia fino alla scadenza della data originariamente stabilita.

Nella decisione - che riguarda espressamente un'ipotesi di *diritto transitorio* - sono però contenuti alcuni rilievi sia di carattere generale circa la *ratio* del lavoro a progetto sia di carattere specifico

(circa la perdurante legittimità delle collaborazioni coordinate e continuative con la Pubblica Amministrazione) che appaiono, per così dire, esportabili per una più attenta valutazione dell'affermata costituzionalità del meccanismo di conversione.

### Note:

(5) Per l'interpretazione della legge e il significato di "intenzione del legislatore" v. Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di Diritto civile e Commerciale di Cicu e Messineo*, Milano, 1980, 364 ss.

(6) Per tale intenzione v. Pinto, *op. cit.* 316 e Trioni, *Il lavoro a progetto*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 546 ss. L'intento antielusivo è ricordato anche dalla sentenza in commento.

(7) Per tale problema v. Trioni, *Il lavoro a progetto*, cit., 557; Spolverato, *Il contratto di collaborazione a progetto*, in *Dir. prat.lav.*, 2004, Inserto.

(8) Va osservato che anche la rubrica dell'art. 69 parla di conversione.

(9) Per una panoramica completa e ragionata delle diverse soluzioni e sulla questione di costituzionalità v. Trioni, *Il lavoro a progetto*, cit.

(10) Per una panoramica sulle decisioni in materia si vedano Trib. Torino 10 maggio 2006 e Trib. Milano 23 maggio 2006, in *Dir. prat. lav.*, 2006, 27, con note informative di Rausei; Trib. Milano 29 settembre 2007, *ivi*, 2008, 2 con note informative di Ripa; App. Lavoro Firenze 29 gennaio 2008, *ivi*, 2008, 25, con note informative di Ripa nonché numero monografico sul lavoro a progetto, in *Dir. prat. lav.*, 2006, 15.

(11) In *Dir. prat. lav.*, 2009, 3, 173.

In particolare si deve osservare che l'argomento della diversa posizione della Pubblica Amministrazione, diversità sulla quale si fonda la giustificazione della diversità di trattamento di questa, è scarsamente probante se si riflette sul nuovo regime - la cosiddetta *privatizzazione* (12) - che ha investito il sistema del pubblico impiego.

b) il problema della costituzionalità della conversione è stato visto prevalentemente - così almeno, mi pare - nell'ottica certamente corretta, ma unilaterale, della tutela del lavoro subordinato. In questa direzione da un lato si è dato per scontato che il lavoro a progetto sia da inquadrare nel lavoro autonomo e dall'altro non si è tenuto conto della specialissime conseguenze che la conversione dovrebbe provocare nella convenzione originariamente pattuita.

Per certi aspetti si potrebbe persino dubitare che il lavoro a progetto sia un lavoro autonomo e pensare, invece, che sia una speciale figura di lavoro subordinato e rappresenti - rispetto al paradigma del lavoro subordinato generale - una forma speciale di esso.

Sotto questo profilo si potrebbe osservare che: a) il progetto è assimilabile ad una individuazione parcellizzata della produzione dell'impresa; b) la realizzazione del progetto implica un coordinamento con la struttura aziendale e subisce un controllo sull'esecuzione di esso; c) la realizzazione del progetto implica una continuità giuridica e cioè una messa a disposizione di energie per tutta la durata della convenzione; d) nel lavoro a progetto sono contenute alcune norme di tutela del lavoratore simili a quelle che assistono il lavoratore subordinato.

Se così fosse, la conversione determinerebbe la trasformazione del rapporto subordinato (speciale) in un rapporto subordinato di tipo generale con qualche non indifferente difficoltà applicativa, data la specialità del rapporto, degli istituti del rapporto subordinato in generale, effetto questo che potrebbe essere indesiderato dallo stesso collaboratore a progetto. A differenza di quanto avviene in quell'ipotesi classica di conversione che è costituita dalla trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato a seguito di accertamento dell'illegittima apposizione del termine stesso - ipotesi in cui il contenuto del contratto resta quello originariamente voluto, salva la durata - nella conversione del contratto a progetto è tutto il contenuto del contratto che dovrebbe modificarsi con esiti, come ho detto, imprevedibili e magari indesiderati.

La tutela della conversione sembra quindi in eccesso rispetto agli interessi in gioco e perciò irragionevole, tenuto conto che il lavoro è costituzionalmente tutelato in ogni sua forma (art. 35 Cost.).

c) un ultimo e più sfumato accenno (data la complessità dei richiami) va fatto anche per quanto riguarda i rapporti tra diritto interno e diritto comunitario.

La Corte costituzionale ha avuto modi di affermare, dopo le modifiche apportate all'art. 117 Cost., il principio secondo cui la norma nazionale deve essere esaminata anche nella sua compatibilità con la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU) (13) così come interpretata dalla Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo (14). Ovviamente tale principio ha, tendenzialmente, portata più ampia rispetto allo specifico convenzione cui la Corte costituzionale si è riferita nella sentenza citata.

In altre parole il giudice italiano in forza del principio stabilito dal primo comma dell'art. 117 Cost. (15) ha anche il potere-dovere di controllare che la norma interna sia conforme ai principi stabiliti alle convenzioni comunitarie nella interpretazione degli organi comunitari a ciò preposti.

Basterà rilevare, per indicare una linea di indagine, che tra i principi comunitari vi sono anche quelli che tutelano la libera concorrenza e la libera circolazione dei lavoratori nei diversi Stati dell'Unione. Una rimediazione del problema sembra dunque opportuna.

---

#### Note:

(12) Per l'argomento in generale si veda *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche - Commentario*, diretto da Carinci e D'Antona, I, II, III, Milano, 2000, *passim*.

(13) Tale Convenzione è stata ratificata e resa esecutiva nell'ordinamento italiano con L. 4 agosto 1955, n. 848.

(14) Così Corte Cost. n. 348/2007, in G.U. 31 ottobre 2007.

(15) Il nuovo testo dell'art. 117, comma 1, Cost. suona così: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento e dagli obblighi internazionali».

Verbalì ispettìvì

# Valore probatorio delle dichiarazioni contenute in verbalì ispettìvì prodottì in giudizio e altre questioni

TRIBUNALE DI FORLÌ, 28 aprile 2009, n. 61 - Giud. Angelini Chesi - M. B. c. Inps

I

Processo del lavoro - Verbalì ispettìvì Inps - Prova - Dichiarazioni contrastanti generiche rese in udienza - Irrilevanza - Deduzioni logiche e istruttoria confermativa - Congruità dei verbalì ispettìvì

(C.c. artt. 2697 e 2700)

**I verbalì ispettìvì degli ispettori dell'Inps, contestati genericamente ma confermati da deduzioni logiche e da altre prove giudiziali, costituiscono valido elemento di prova.**

II

Subordinazione - Accertamento - Dirigente da sempre parte del Consiglio di Amministrazione composto da lui e dai suoi figli - Possesso di poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione - Insussistenza della subordinazione

(C.c. art. 2094)

**È escluso che possa ravvisarsi un rapporto di lavoro subordinato nel dirigente che, da sempre parte del Consiglio di Amministrazione composto da lui e dai suoi figli, è fornito, nell'ambito di una società a responsabilità limitata, di ampi poteri di gestione sia per l'ordinaria che per la straordinaria amministrazione.**

	ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI
Conforme	Sulla prima massima App. Firenze 2 ottobre 2007; App. Torino 24 luglio 2006; Trib. Verona 2 agosto 2000; App. Venezia 19 dicembre 2000.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in materia.

### Svolgimento del processo

Con ricorso depositato il 19 marzo 2007, M. B. in proprio e quale legale rappresentante della società T. s.r.l. espose che la società in questione aveva subito accertamento ispettivo all'esito del quale l'Inps contestava al M. l'improprietà della qualifica come lavoratore dipendente per il periodo dal 1° novembre 1995 al 31 marzo 2005, poiché titolare della maggioranza del capitale sociale e, di fatto, esclusivo ed effettivo titolare dei poteri di gestione della società; l'ente previdenziale informava il M. che la contribuzione versata a quel titolo era "annullata" e suscettibile di rimborso. Ritenendo l'illegittimità dell'an-

nullamento in questione e la correttezza dell'originario inquadramento, il ricorrente adiva questo ufficio al fine principale di vedere riconosciuta l'esistenza del rapporto di lavoro de quo, ed articolando in via subordinata la domanda di restituzione dei contributi a suo tempo versati, oltre rivalutazione, interessi e risarcimento del danno, il tutto come meglio precisato in epigrafe. Si costituiva in giudizio l'Inps, che contestava in fatto ed in diritto la domanda attorea, della quale chiedeva il rigetto. La causa, istruita con l'acquisizione della documentazione prodotta dalle parti e con l'audizione di alcuni testi,



veniva decisa con sentenza parziale all'udienza del 4 marzo 2009 come da infrascritto dispositivo.

### Motivi della decisione

Deve preliminarmente chiarirsi che l'onere della prova, nel caso in esame, è a carico dei ricorrenti, cui è stata notificata una comunicazione di annullamento della contribuzione versata dalla società Trial s.r.l. per un affermato rapporto di subordinazione intercorrente tra la società e M.B., rapporto dall'Inps diversamente qualificato all'esito di un accertamento ispettivo.

Come correttamente ricordato dalla Difesa dell'Inps, infatti, la giurisprudenza di legittimità afferma da tempo che «in forza del potere di autotutela spettante, in via generale alle pubbliche amministrazioni, l'Inps, è legittimato a compiere atti di verifica, di rettifica e di considerazione di situazioni giuridiche preesistenti, nonché ad annullare di ufficio, con effetto *ex tunc*, qualsiasi provvedimento che risulti *ab origine* adottato in contrasto con la normativa vigente, ivi compreso quello concernente la fruizione di uno sgravio contributivo. Conseguendo all'esercizio di tale potere quello di provvedere all'eliminazione degli effetti del precedente atto illegittimo, mediante il recupero dei contributi indebitamente non corrisposti dal soggetto obbligato, senza che a ciò sia d'ostacolo la buona fede del debitore, non rilevando gli atteggiamenti psicologici nello svolgimento del rapporto previdenziale, completamente governato dalla legge e soggetto ad un regime pubblicistico, salvo che sia la legge stessa a disporre, in via di eccezione, diversamente» (Cass., sent. n. 12466 del 20 febbraio 1991; più di recente, Cass., sent. n. 1399 dell'8 febbraio 2000, secondo cui «in forza del potere di autotutela spettante, in via generale, alle pubbliche amministrazioni, l'Inps è legittimato a compiere atti di verifica, di rettifica e di valutazione di situazioni giuridiche preesistenti, nonché ad annullare d'ufficio, con effetto *ex tunc*, qualsiasi provvedimento che risulti *ab origine* adottato in contrasto con la normativa vigente, e quindi può disconoscere in radice dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato che costituisce presupposto necessario ed indefettibile della sussistenza del rapporto assicurativo, con la conseguenza, in questa evenienza, che i contributi versati sono inidonei a costituire una valida posizione assicurativa. In tal caso colui che intende far valere l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato e, per l'effetto, la valida attivazione del rapporto previdenziale - assicurativo deve provare in modo certo l'elemento tipico qualificante del requisito della subordinazione»).

Nel caso di specie, dunque, posta la successione dell'Inps nel rapporto previdenziale per cui è causa, a suo tempo costituito con il cessato Inpdai, è parte ricorrente a dover dimostrare la sussistenza dei presupposti di subordinazione che legittimerebbero la conferma della qualifica di dirigente in capo al M., da sempre legale rappresentante e socio della società T. s.r.l. e originariamente suo Amministratore Unico.

Ebbene, pare che poche parole siano sufficienti a respingere la domanda principale, volta per l'appunto all'accertamento della natura del rapporto di lavoro nei termini di cui sopra. Se è vero, infatti, che a poco rileva la parteci-

pazione del M. al capitale sociale, tuttavia l'esame congiunto di tutte le risultanze istruttorie consente di escludere che sia stata offerta la prova della affermata subordinazione: il M. è da sempre parte del Consiglio di Amministrazione, composto da lui e dai suoi figli, e, per sua stessa affermazione in sede di ispezione, ha da sempre avuto «ampi poteri sia di ordinaria che straordinaria amministrazione» (cfr. dichiarazioni del 15 febbraio 2005, in atti Inps, doc. 5). A poco rileva che queste dichiarazioni siano state rese in un contesto apparentemente estraneo alle finalità di una diversa qualificazione della figura del M.; ciò che conta è che il contenuto della loro verbalizzazione sia coerente con quanto dichiarato. Ed il M. non ha negato questa conformità, limitandosi ad affermare che «le [sue] espressioni sono state utilizzate in maniera impropria» (cfr. verbale d'udienza del 10 aprile 2008): non si comprende quale sia l'eventuale improprio utilizzo delle espressioni, che nella loro semplicità danno conto di una ben precisa (e peraltro assai facilmente intuibile) realtà imprenditoriale.

Né l'istruttoria di causa ha aggiunto nulla quanto all'effettiva sussistenza di un vincolo di subordinazione dirigenziale tra il M. e la società, non apparendo sufficiente neppure il fatto che le decisioni societarie venissero prese dal Consiglio e non dal solo suo Presidente: nulla vieta che vi siano poteri gestori ripartiti e condivisi, senza che alcuno possa pretendere da altri una precisa prestazione né imporre una volontà di conformazione dell'altrui operato, come deve essere laddove vi sia un effettivo rapporto di dipendenza, ancorché dirigenziale.

Nulla è emerso quanto a questa soggezione alle determinazioni di un distinto organo societario, apparendo per contro che il M. abbia - comprensibilmente - orientato le scelte sociali, sia pure condividendone (peraltro solo a volte) l'elaborazione con i figli.

In conclusione, la domanda principale deve essere respinta.

La domanda subordinata è relativa ad una pretesa restitutoria mai sottoposta all'Inps in sede amministrativa, poiché la parte - come evidente proprio dalla stessa proposizione del ricorso - ha da sempre ritenuto una diversa qualificazione del proprio rapporto previdenziale.

Non pare in questo caso applicabile il principio invocato dall'Inps, secondo cui «anche dopo l'entrata in vigore del nuovo rito del lavoro di cui alla legge n. 533 del 1973, la preventiva presentazione della domanda amministrativa costituisce - nelle controversie previdenziali che (come quella proposta contro l'Inps dal datore di lavoro per il rimborso di contributi indebitamente versati) richiedano il previo esperimento del procedimento amministrativo - un presupposto dell'azione svolta in sede giudiziaria, in mancanza del quale tale azione (e la relativa domanda) è improponibile, senza che in contrario possano trarsi argomenti né dall'art. 8 della citata legge n. 533, che si limita a negare rilevanza ai vizi, olle preclusioni ed olle decadenze verificatisi nel corso del procedimento amministrativo, né dall'art. 443 c.p.c., che, con disposizione non suscettibile d'interpretazione estensiva, prevede la mera improcedibilità - anziché l'improponibilità - della domanda giudiziale solo per il caso del mancato esaurimento del procedi-

mento amministrativo, che sia stato però iniziato» (Cass., sez. un., sent. n. 7269 del 5 agosto 1994; conformi Cass., sent. n. 317 del 16 gennaio 1996 e Cass., sent. n. 5149 del 12 marzo 2004, secondo cui «mentre la sanzione della mera improcedibilità della domanda giudiziale - che, ai sensi dell'art. 443 c.p.c., è prevista per il caso di mancata proposizione dei ricorsi amministrativi avverso le determinazioni negative dell'ente previdenziale o per quello di mancato decorso del termine fissato per la loro definizione, e che determina la sospensione del processo fino alla decisione sul ricorso o al decorso dei termini previsti, termini che comunque non possono essere superiori a centottanta giorni - presuppone che l'interessato abbia provveduto a richiedere la prestazione e che sia intervenuta la determinazione negativa dell'ente, l'azione iniziata senza la presentazione in sede amministrativa della domanda comporta l'improponibilità della domanda giudiziale, rilevabile in ogni stato e grado del giudizio, con conseguente nullità di tutti gli atti del processo»).

Appare chiaro, infatti, che la domanda non poteva essere proposta in sede amministrativa, poiché del tutto contraria all'assunto, della parte, sostenuto - infruttuosamente - in questa sede. Ciò non fa venire meno l'interesse

della parte (ovviamente subordinato al rigetto della sua pretesa principale) all'accertamento in via definitiva del proprio diritto alla restituzione di quanto già versato, senza che sia ragionevole onerare il ricorrente di un ulteriore eventuale giudizio, laddove lo scrutinio di questa diversa domanda in sede amministrativa sia per qualche ragione - ed anche solo parzialmente - sfavorevole. L'accertamento in questione non deve però gravare sull'ente previdenziale (tutelato proprio dalla necessaria previa proposizione della domanda amministrativa), il che consiglia di approfondire in prosieguo di giudizio la questione contabile connessa alla domanda subordinata, riservando al contraddittorio delle parti ogni eventuale determinazione circa la necessità di consulenze contabili.

**P.Q.M.**

Il Giudice del Lavoro, non definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da M. B. in proprio e quale legale rappresentante della società T. s.nL nei confronti dell'Inps ed iscritta al n. 166/2007 RGL, ogni diversa e contraria istanza disattesa e respinta, rigetta la domanda principale e dispone come da separata ordinanza per il prosieguo del giudizio.

**TRIBUNALE DI FORLÌ, 29 aprile 2009, n. 68 - Giud. Angelini Chesi - S.F. c. Inps e S.C.C.I. S.p.a.**

*Collaboratore familiare di impresa commerciale - Partecipazione al lavoro - Requisito della abitualità - Perdurante cadenza della presenza - Requisito della prevalenza - Incidenza dell'apporto lavorativo sulla normale attività di impresa - Verifica del diverso impegno lavorativo*

*(C.c. art. 230 bis; L. n. 613 del 1966)*

**Il riconoscimento della qualifica di collaboratore familiare di esercente un'attività commerciale (a cui la legge n. 613 del 1966 estende l'assicurazione obbligatoria per l'invalidità, vecchiaia ed i superstiti) richiede che la partecipazione al lavoro aziendale presenti caratteri di abitualità, individuabile nella perdurante cadenza della presenza del lavoratore, e di prevalenza, la quale va verificata in base all'incidenza dell'apporto del lavoratore sulla normale attività dell'impresa o sul singolo evento a cui lo stesso partecipa, nonché tenendo conto l'eventuale diverso e concorrente impegno lavorativo del soggetto.**

	ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI
<b>Conforme</b>	Non sono stati rinvenuti precedenti in materia.
<b>Difforme</b>	Non sono stati rinvenuti precedenti in materia.

**Svolgimento del processo**

Con distinti ricorsi, depositati in date 9 luglio 2007, 15 febbraio 2008, 11 e 28 novembre 2008, S. F. proponeva opposizione alle cartelle esattoriali precisate in epigrafe, relative alla contestata omissione contributiva concernente il rapporto di collaborazione familiare della coniuge del S., Z. V., nell'ambito dell'impresa commerciale del ricorrente. In sede di ispezione, infatti, i funzionari della locale Direzione Provinciale del Lavoro (DPL) avevano rilevato la presenza della Z. nell'esercizio e la sua occupazione in attività qualificata come di commessa. Il ricorrente contestava la natura del rapporto in questio-

ne, che descriveva come di saltuario apporto di aiuto, mai peraltro in occasioni di vendita vere e proprie, e sottolineava il ben diverso e maggiore impegno della consorte nelle occupazioni casalinghe e di accudimento della prole nata dal matrimonio, chiedendo l'annullamento dei titoli opposti.

Si costituiva in giudizio l'Inps, che insisteva nella pretesa contributiva sulla scorta dei fatti emersi in sede di accesso ispettivo.

Si costituiva altresì la società concessionaria della riscossione, Equitalia CE.FO.RI. s.p.a., eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva alla domanda.

Interveniva volontariamente la società SCC - Inps s.p.a. La causa, istruita con l'acquisizione della documentazione prodotta dalle parti e con l'audizione dei testi dalle medesime indicati, veniva decisa all'udienza del 20 marzo 2009 come da infrascritto dispositivo.

### Motivi della decisione

L'opposizione è infondata e deve essere respinta.

Da un lato, deve rilevarsi che in sede di accertamento ispettivo la lavoratrice ha dichiarato di prestare la propria collaborazione nell'impresa - sia pure qualificando questa attività come "saltuaria" - e di farlo dall'apertura dell'attività, risalente ai primi anni '90, circa sei ore alla settimana. Queste affermazioni hanno una loro precisione e non pare attendibile quanto successivamente riferito dall'interessata (sentita impropriamente come teste) in sede di udienza circa la probabile "deduzione" degli ispettori dell'entità del ritenuto apporto: non solo la contraddizione con la versione verbalizzata in sede di ispezione è evidente e mal si presta ad equivoci di sorta, ma è sempre la stessa Z. ad affermare di recarsi due o più volte la settimana nel negozio del marito e di "dargli una mano" (sia pure negando che questo apporto sia da qualificarsi "lavoro"). Ebbene, al di là delle intenzioni e percezioni soggettive del vincolo, pare che il contributo lavorativo della Z. possa senz'altro essere ascritto a quella particolare forma di collaborazione che sussiste tra familiari e che tuttavia non è esentata dagli obblighi contributivi, ai sensi della legge n 613/1966.

A ciò si aggiunga che gli ispettori hanno a suo tempo verbalizzato - e ribadito in sede di testimonianza - di avere trovato la lavoratrice intenta nel prestare attenzione ad un cliente del negozio e poco importa che si potesse trattare di persona conosciuta alla Z., poiché ciò non fa venire meno l'oggettivo apporto all'impresa e la sua utilità in un contesto organizzato.

A poco rilevano, ovviamente, le testimonianze 'negative' delle conoscenti del ricorrente, che non consentono di escludere che l'apporto lavorativo (parzialmente riconosciuto dalla stessa Z.) si sia verificato in momenti in cui i testi non erano presenti.

Parimenti irrilevante il sopravvenuto carico familiare: le due maternità e le pur comprensibili necessità di accudimento della prole non sembrano incompatibili con l'affermato apporto di sole sei ore settimanali. Va peraltro considerato che proprio la presenza di un carico familiare di un certo rilievo - connesso come detto alla cura della prole in tenera età - induce a ritenere che il trattenersi della Z. nei locali del negozio (circostanza che può desumersi non solo dalle testimonianze in atti, ma anche dalla stessa versione dei fatti offerta in giudizio dall'interessata) fosse funzionale proprio ad una collaborazione lavorativa (sia pure nelle particolari forme e modalità che scaturiscono dal rapporto di coniugio con il titolare dell'esercizio) mal conciliandosi con una presenza per così dire "di compagnia", virtualmente confliggente con i diversi impegni domestici.

Né può dubitarsi della sussistenza dei requisiti di abitudine e prevalenza della partecipazione all'attività aziendale per come intesi dalla norma che qui rileva: la prima (l'abitudine) è facilmente individuabile nella perdurante cadenza della presenza della lavoratrice come dalla medesima riconosciuta; la seconda (la prevalenza) va bensì «verificata in base all'incidenza dell'apporto del lavoratore sulla normale attività dell'impresa o sul singolo evento a cui lo stesso partecipa» (così la circolare interpretativa del Ministero del Lavoro del 4 luglio 2007 come riportata da parte ricorrente nelle note difensive da ultimo depositate), ma tenendo conto dell'eventuale diverso e concorrente impegno lavorativo del soggetto: pacificamente escluso un diverso impegno lavorativo assicurato, deve necessariamente concludersi per la prevalenza di quello oggetto .di causa, a prescindere dalla sua entità.

Da ultimo, pare di significativo rilievo il fatto che la lavoratrice avesse una posizione assicurativa Inail (cfr. documentazione indicata nel verbale ispettivo Inps e quanto confermato dalla stessa Z. in sede di audizione giudiziale), il che dimostra la consapevolezza dell'ascrivibilità del suo apporto al contesto imprenditoriale. La domanda deve dunque essere respinta. (Omissis).

## IL COMMENTO

di Anna Montanari

Nel commento vengono svolte alcune considerazioni sul tema del valore probatorio delle dichiarazioni raccolte nei verbali ispettivi prodotti in giudizio, che è comune alla due sentenze pronunciate dal Tribunale di Forlì. In particolare ci si sofferma sulla questione delle dichiarazioni dei terzi rese stragiudizialmente agli ispettori e del loro eventuale contenuto difforme rispetto alle deposizioni rese in giudizio dei medesimi soggetti. In seguito viene affrontata una questione specifica per ciascuna pronuncia. Nel primo caso il tema è la coesistenza, in capo ad un soggetto, di un rapporto di lavoro subordinato con una società con il possesso di ampi poteri di gestione della società stessa, nonché di una quota del capitale sociale. Nel secondo si dà conto dell'interpretazione, avvalorata dal giudice, dei requisiti di abitudine e prevalenza della partecipazione all'attività aziendale, necessari per qualificare un determinato rapporto come collaborazione familiare ad attività commerciale.

### Attendibilità delle dichiarazioni rese dai terzi contenute in verbali di accertamento

Le pronunce del Tribunale di Forlì riportate in epigrafe si prestano ad alcune considerazioni in ordine alla annosa questione del valore probatorio delle dichiarazioni rese, in sede di ispezione, dalle parti, dai terzi nonché delle valutazioni formulate dall'ispettore stesso. La prima sentenza commentata (n. 61 del 2009) affronta il caso di un lavoratore, socio di una S.r.l. a cui l'Inps, all'esito di accertamento ispettivo, ha contestato la qualifica di dipendente, essendo egli parte del Consiglio di Amministrazione, composto da lui e dai suoi figli, e titolare dei poteri di gestione ordinaria e straordinaria della società.

La seconda sentenza commentata (n. 68 del 2009), invece, risolve distinti procedimenti di opposizione a cartelle esattoriali relative ad omissioni contributive concernenti un presunto rapporto di collaborazione familiare di un soggetto nell'ambito dell'impresa commerciale del coniuge.

Le due vicende si chiudono con sentenze favorevoli all'Istituto previdenziale: nel primo caso viene respinta la domanda del ricorrente relativa all'accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato con la società. Nel secondo giudizio viene invece riconosciuta l'esistenza, in capo alla moglie del titolare dell'impresa commerciale, di un rapporto di collaborazione con l'impresa stessa, soggetto ad obblighi contributivi ai sensi della legge 22 luglio 1966, n. 613.

È significativo che in entrambe le sentenze il giudice fondi i propri convincimenti sulla base dell'analisi critica dei verbali d'accertamento prodotti in giudizio e redatti, rispettivamente dagli ispettori dell'Inps e dagli ispettori del lavoro, convalidati da ulteriori accertamenti istruttori.

In ordine alla questione del valore probatorio dei verbali ispettivi, è opportuno innanzitutto operare una distinzione, nell'ambito del contenuto di tali atti amministrativi, tra fatti che il personale ispettivo dichiara essere avvenuti in sua presenza o essere stati da lui compiuti direttamente - quali l'esame di luoghi o documenti - e altre circostanze che non sono oggetto di diretta percezione da parte dei verbalizzanti, ma che questi hanno appreso da altri soggetti. Secondo l'opinione dominante (1), solo per i primi il verbale ha efficacia probatoria assoluta, superabile solo con il rimedio della querela di falso ex art. 2700 c.c. (2), mentre per gli altri fatti la valenza probatoria propria dell'atto pubblico del verbale è esclusa. Ciò posto, quanto alle dichiarazioni rese

agli ispettori dai terzi, il verbale fa prova piena dell'esistenza e della provenienza delle enunciazioni raccolte, ma non della veridicità del contenuto delle stesse (3). Le dichiarazioni dei terzi verbalizzate e presentate in giudizio hanno, in sostanza, il medesimo valore probatorio di quelle raccolte da un qualsiasi altro soggetto (4), anche sfornito della qualità di pubblico ufficiale (5). In concreto la dottrina attribuisce loro il valore di "prove atipiche" (6), che possono essere liberamente apprezzate dal giudice, assumere valore di meri indizi (7) e avere, in casi molto limitati, una certa rilevanza (8).

La svalutazione del valore probatorio dei verbali ove vengono formalizzate le dichiarazioni raccolte dagli Ispettori del lavoro e dal personale di vigilanza degli Enti previdenziali è da ricondurre al procedimento formativo da cui scaturiscono, il quale si svolge fuori dal processo, senza che venga dunque garantito il contraddittorio delle parti né il controllo del giudice. Peraltro nel procedimento di acquisizione il verbalizzante non svolge un ruolo passivo di mero ricevimento di ciò che gli viene dichiarato, ma assume una parte attiva; egli, quindi, può formulare specifici quesiti ai terzi e spesso, qualora abbia già fatta pro-

#### Note:

(1) V. al riguardo il fascicolo a cura di Vallebona, *Il valore probatorio dei verbali ispettivi*, Colloqui giuridici del lavoro, Guida lav. e Mass. giur. lav., suppl., 2007, 1, in particolare 63 ss. che riporta una sintesi del curatore dei vari contributi degli autori.

(2) V. al riguardo Cass., sez. un., 25 novembre 1992, n. 12545, in *Foro It.*, 1993, I, 2225; Cass., sez. un., 3 dicembre 1996, n. 916, in *Giust. civ.*, 1996, I, 3237, con nota di Scarlatelli. In dottrina v. Vallebona, *L'accertamento amministrativo dei crediti di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 646.

(3) Grosso, *Contenzioso previdenziale e rito del lavoro. Istruttoria e poteri di ufficio del giudice*, in *Dir. lav.*, 1996, I, 278; Vallebona, *Verbali ispettivi ed oneri di allegazione e di prova della pretesa contributiva dell'ente previdenziale*, in *Inf. prev.*, 2000, 1222.

(4) Così Gragnoli e Zaccarelli, *Risposta a quesiti*, in *Il valore probatorio dei verbali ispettivi*, Colloqui giuridici del lavoro, Guida lav. e Mass. giur. lav., suppl., 2007, 1, 26.

(5) Vallebona, *Verbali ispettivi ed oneri di allegazione e di prova della pretesa contributiva dell'ente previdenziale*, cit., 1222.

(6) Vallebona, *Verbali ispettivi ed oneri di allegazione e di prova della pretesa contributiva dell'ente previdenziale*, cit., 1222; Don-di, *Risposta a quesiti*, in *Il valore probatorio dei verbali ispettivi*, Colloqui giuridici del lavoro, Guida lav. e Mass. giur. lav., suppl., 2007, 1, 18, il quale cita a sostegno Cass., 8 maggio 2005, n. 11946, in *Mass. giur. lav.*, 2005, 948.

(7) Cass., 21 maggio 2007, n. 11746, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 750, con nota di Tatarelli.

(8) V. Grosso, *Contenzioso previdenziale e rito del lavoro. Istruttoria e poteri di ufficio del giudice*, cit., 280. In giurisprudenza v. Cass., 22 febbraio 2005, n. 3525, in *Mass.*, 2005, ove il verbale è stato considerato prova sufficiente delle circostanze riferite al pubblico ufficiale, in quanto il suo specifico contenuto probatorio ed il concorso di altri elementi rendeva superfluo l'espletamento di ulteriori mezzi istruttori.



pria una tesi, attraverso domande mirate, assecondarla (9).

Affinché quanto dichiarato acquisti pieno valore probatorio è necessario che i terzi vengano escussi come testimoni nell'ambito del processo, ove le parti sono poste in una posizione paritaria e viene garantito il principio del contraddittorio, nonché formulato dal teste il giuramento (10). Una volta espressa in sede istruttoria la prova testimoniale, non è raro però che vengano riscontrate difformità tra il contenuto della deposizione resa al giudice e quella stragiudiziale; è opinione prevalente che debba prevalere la prima «in quanto vera prova assistita delle garanzie tipiche della presenza e verbalizzazione del giudice, del contraddittorio tra le parti e della responsabilità per falsa testimonianza» (11).

Sennonché, parte della giurisprudenza di merito (12), ritiene invece che le dichiarazioni assunte «a caldo» dagli ispettori possano essere più attendibili delle dichiarazioni rese al giudice, in ragione dell'immediatezza nella loro acquisizione e dell'informalità del contesto.

Occorre, poi tener conto che non raramente, oltre alla verbalizzazione di quanto riferito dai terzi, i verbali redatti in esito ad attività accertative includono valutazioni e conclusioni espresse dal verbalizzante che può procedere addirittura ad operare qualificazioni di carattere giuridico. Sul punto la tesi maggioritaria (13), avvalorata dalla giurisprudenza (14), ritiene irrilevanti, sul piano probatorio, le convinzioni personali dell'estensore del verbale, che rimangono quindi relegate nell'ambito di mere opinioni soggettive.

Alla luce di tali considerazioni è opportuno dunque che il giudice adotti un atteggiamento di massima prudenza nella valutazione delle risultanze del verbale ispettivo, considerate le perplessità che emergono in ordine alla attendibilità dell'iter formativo extra processuale, privo di garanzie di obiettività.

Il Tribunale di Forlì, nelle sentenze in commento, s'adegna criticamente agli orientamenti sopra riportati sulla rilevanza probatoria dei verbali di accertamento. In entrambe le sentenze il giudice, avvicinandosi all'orientamento di merito già ricordato (15) di alcuni Tribunali, conferma l'attendibilità delle affermazioni rese dai soggetti in sede ispettiva e riportate nei verbali, convalidate però da altre circostanze di fatto emerse in istruttoria. Il Tribunale ha considerato alcuni importanti aspetti: in primo luogo che le difformità tra dichiarazioni raccolte dai funzionari e risultanze processuali spesso sono «il frutto di una inaccettabile e perniciosa disinvoltura dei primi nell'acquisizione e nella redazione delle

stesse» (16) e spetta al giudice chiarire la situazione, avvalendosi dei poteri a sua disposizione. Nella pronuncia n. 61 il ricorrente ha affermato che le espressioni rese agli ispettori sarebbero state «utilizzate in maniera impropria», ma, ha notato il giudice, «non si comprende quale sia l'eventuale improprio utilizzo delle espressioni, che nella loro semplicità danno conto di una ben precisa (e peraltro assai facilmente intuibile) realtà imprenditoriale». Non basta evidentemente una parola vuota («impropria») per vuotare di contenuto una precedente dichiarazione precisa. Del pari nella decisione n. 68 la lavoratrice ha contestato, ma in modo generico e vuoto, la «probabile “deduzione” degli ispettori dell'entità del ritenuto apporto» lavorativo: al riguardo il giudice ha innanzitutto evidenziato che, logicamente, la contraddizione con la versione verbalizzata in sede di ispezione mal si presta ad equivoci, per rilevare in fatto che è stata sempre la ricorrente ad «affermare di recarsi due o più volte la settimana nel negozio del marito e di “dargli una mano” (sia pure negando che questo apporto sia da qualificarsi “lavoro”)».

### Compatibilità fra lavoro subordinato dirigenziale e cariche sociali

La sentenza n. 61 solleva un'altra interessante questione: la configurabilità di un rapporto dirigenziale in capo ad un socio di S.r.l., membro da sempre del Consiglio di Amministrazione. Il Tribunale, sulla base per lo più delle risultanze degli accertamenti ispettivi, ha negato l'esistenza di un vincolo di subordinazione tra il soggetto e la società. In particolare il giudice forlivese ha ritenuto sufficiente ad escludere un rapporto di dipendenza il fatto che il ri-

#### Note:

(9) V. ancora Grosso, *Contenzioso previdenziale e rito del lavoro. Istruttoria e poteri di ufficio del giudice*, cit., 280.

(10) In questo senso si esprime Cass., 21 maggio 2007, n. 11746, cit.

(11) Vallebona, *Sintesi, in Il valore probatorio dei verbali ispettivi, Colloqui giuridici del lavoro, in Guida lav. e Mass. giur. lav., suppl.*, 2007, 1, 65.

(12) V. ad es. App. Firenze 2 ottobre 2007, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 1000, con nota di Dondi e A. Miscione; App. Torino 24 luglio 2006, in *Inf. prev.*, 2006, 894; Trib. Verona 2 agosto 2000, in *Rass. giur. lav. Veneto*, 2002, 2, 86, con nota di Lamesso; App. Venezia 19 dicembre 2000, in *Inf. prev.*, 2001, 1319.

(13) V. *Sintesi*, in *Il valore probatorio dei verbali ispettivi, Colloqui giuridici del lavoro, in Guida lav. e Mass. giur. lav., suppl.*, 2007, 1, 64.

(14) Cass., sez. un., 25 novembre 1992, n. 12545, cit.

(15) Si rinvia alla nota 12.

(16) Così Gagnoli e Zaccarelli, *Risposta a quesiti*, in *Il valore probatorio dei verbali ispettivi*, cit., 26.

corrente godesse, nella gestione della compagine societaria, di ampi poteri sia di ordinaria che di straordinaria amministrazione (17). Tale argomento è condivisibile: in particolare, il conferimento in capo al dirigente dei poteri per la straordinaria amministrazione in seno alla società, è dato che fa propendere per l'inesistenza di un effettivo rapporto di subordinazione. Questi poteri, infatti, escludono ogni subordinazione e permettono l'effettiva gestione imprenditoriale e di assumere, di fatto, la conduzione dell'azienda, nonché di identificarsi con essa senza vincoli gerarchici di sorta.

In generale si osserva che l'amministratore (purché non unico) di società di capitali può assumere anche la veste di dirigente (se non ha poteri di straordinaria amministrazione) solo qualora venga provata l'esistenza di un vincolo di subordinazione verso il consiglio di amministrazione. La giurisprudenza infatti, da tempo utilizza il criterio dell'assoggettamento al potere direttivo, di controllo e disciplinare di sovraordinati organi della società (come il consiglio di amministrazione) ai fini della configurabilità della subordinazione dell'amministratore di una società (18).

Per talune sentenze è poi anche necessario che oggetto del rapporto dirigenziale siano attività diverse da quelle gestorie connesse alla carica sociale (19). Nella decisione del Tribunale di Forlì si rileva poi, anche un aspetto di opinabilità, laddove, ai fini dell'accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro del ricorrente, viene escluso qualsiasi rilievo alla partecipazione di esso al capitale sociale. Invero si deve rimarcare che, come ha precisato più volte la giurisprudenza (20), il socio di una società di capitali che sia titolare di una quota consistente del capitale sociale tale da garantirgli, da solo, la maggioranza richiesta per la validità delle deliberazioni assembleari (in sede ordinaria e straordinaria), di fatto controlla l'organo deliberativo e ne condiziona l'andamento. Di conseguenza egli non può assumere la qualifica di lavoratore subordinato della società, poiché risulta l'effettivo e solo titolare del potere gestionale. Questa interpretazione è altresì avvalorata da una datata circolare dell'Inps dell'8 agosto 1989, n. 179 che, occupandosi della questione degli accertamenti e della valutazione della sussistenza del rapporto di lavoro subordinato, fornisce criteri per la distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, nonché una dettagliata casistica dei rapporti di lavoro che sono fonte di contenzioso. Nella parte relativa ai rapporti lavorativi fra soci e società a responsabilità limitata viene specificato che il lavoratore che sia parte del Consiglio di Amministrazione

e detentore della maggioranza del capitale sociale, non può essere riconosciuto come lavoratore dipendente, nonostante la distinta personalità giuridica della società, in quanto il capitalista di maggioranza incide in modo determinante sulla formazione della volontà sociale, cui dovrebbe, invece, essere in ogni caso soggetto quale prestatore subordinato.

### **Requisiti per il riconoscimento della qualifica di collaboratore familiare di impresa commerciale**

Con riguardo poi alla seconda pronuncia del Tribunale di Forlì, pare opportuno soffermarsi brevemente sui caratteri dell'abitudine e della prevalenza della partecipazione della lavoratrice all'attività commerciale del coniuge, dalla cui presenza discende, ai sensi dell'art. 2 della L. n. 613 del 1966, il riconoscimento di un rapporto di collaborazione familiare, soggetto ad obblighi contributivi.

L'abitudine, secondo il giudice, è facilmente individuabile nella "perdurante cadenza" della presenza della lavoratrice presso l'azienda del coniuge; su tale affermazione tuttavia, esiste un contrasto tra le dichiarazioni rese dagli Ispettori nel verbale e confermate in giudizio, e le testimonianze dei terzi raccolte durante il processo, che il giudice ritiene poco rilevanti rispetto alle prime, tanto da affermare che non valgono ad escludere la sussistenza dell'abitudine.

Quanto al carattere della prevalenza, il giudice lo identifica attraverso un opinabile richiamo ai contenuti di una circolare del 4 luglio 2007, n. 25/I/0008906 predisposta dal Ministero del lavoro per fornire istruzioni agli ispettori in ordine alle problematiche applicative della massimizzazione in caso di impiego di personale "in nero". Nel documento - che non è certamente vincolante per l'autorità giudiziaria (come tutte le circolari che impegnano solo gli appartenenti alle amministrazioni dell'autorità

#### **Note:**

(17) In senso conforme v. Trib. Belluno 23 maggio 1994, in *Inf. prev.*, 1995, 391.

(18) Cass., 17 febbraio 2000, n. 1791; Cass., 14 gennaio 2000, n. 381, in *Inf. prev.*, 2000, 581; Cass., 8 febbraio 1999, n. 1081, in *Not. Giur. Lav.*, 1999, 291. Per ulteriori approfondimenti v. D. Casale, *Il rapporto di lavoro del dirigente d'impresa nella giurisprudenza*, in AA.VV., *La dirigenza*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, Torino, 2009, 293.

(19) Cass., 7 marzo 1996, n. 1793, in *Not. Giur. Lav.*, 1996, 713; Cass., 26 ottobre 1996, n. 9368, in *Mass.*, 1996; Cass., 12 gennaio 2002, n. 329, in *Not. Giur. Lav.*, 2002, 298.

(20) Cass., 3 novembre 2004, n. 21076, in *Inf. prev.*, 2005, 270; Cass., 19 aprile 1999, n. 3886, in *Mass.*, 1999; Cass., 5 maggio 1998, n. 4532, in *Orient. giur. lav.*, 1998, 594.

che le ha emanate) - si precisa che, ai fini dell'individuazione di collaboratori familiari, coadiuvanti ed imprenditori o soci di imprese artigiane per l'applicazione della sanzione, il requisito della prevalenza rispetto al lavoro aziendale va verificato in base all'incidenza dell'apporto del lavoratore sulla normale attività dell'impresa o sul singolo evento a cui lo

stesso partecipa. A tale interpretazione il Tribunale di Forlì aggiunge che occorre tenere conto dell'eventuale diverso concorrente impegno lavorativo del soggetto. E poiché manca in concreto altra occupazione lavorativa, si è considerata automaticamente "prevalente" quella a favore dell'impresa commerciale.

### LIBRI

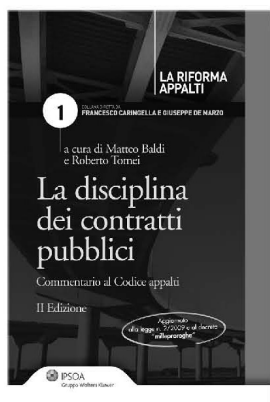
Collana: **La riforma appalti**

## La disciplina dei contratti pubblici

Commentario al codice appalti

II edizione

AA.VV.



La nuova edizione del *Commentario al codice appalti* propone un commento **aggiornato, analitico, approfondito** ed al contempo dal **taglio operativo** del D.Lgs. n. 163/2006, significativamente rivisitato alla luce dei recenti interventi legislativi operati sul dettato normativo dai **"correttivi"**, dalla **finanziaria 2009** e dai decreti **"anticrisi"** e **"milleproroghe"**.

Ulteriori profili di pregio dell'opera sono la costante attenzione agli indirizzi di dottrina e giurisprudenza più recenti ed il continuo rimando alla normativa e alla giurisprudenza comunitaria.

Utili e complementari le tavole di raffronto con le disposizioni della legge n.

109/1994, del D.P.R. n. 554/1999, delle direttive Ce 17 e 18 del 2004 ed il completo indice analitico, che rinvia per ciascuna voce al numero dell'articolo del Codice.

Ipsoa 2009, pagg. 1900, € 130,00  
Cod. 102027

#### Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**  
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** ([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))
- <http://shop.wki.it/ipsoa>

# Rassegna della Cassazione

a cura di **Carlo Alberto Giovanardi, Guerino Guarnieri, Giuseppe Ludovico, Giorgio Treglia**

@ Il testo integrale della sentenza è disponibile su:  
[www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza](http://www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza)

## CONTROVERSIE DEL LAVORO

### COMPENSAZIONE DELLE SPESE E MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA

Cassazione Civile, sez. lav., 3 dicembre 2009, n. 25438 - Pres. De Luca - Est. De Renzis - P.M. Fedeli - A.C. c. Ministero dell'Interno

**La decisione del giudice di merito di compensare in tutto o in parte le spese di lite, essendo espressione di un potere discrezionale attribuito dalla legge, è censurabile in sede di legittimità solo qualora indichi ragioni palesemente illogiche o contraddittorie.**

#### Il caso

La Corte di Appello di Napoli, decidendo in sede di rinvio, aveva condannato il Ministero dell'Interno a corrispondere al lavoratore una determinata somma capitale, oltre interessi e rivalutazione, compensando interamente le spese dei precedenti gradi di giudizio e condannando quindi il Ministero al pagamento delle sole spese relative al giudizio di rinvio. Tale pronuncia non veniva accettata dal lavoratore, e dal suo difensore, cui erano state attribuite le spese, i quali proponevano quindi ricorso in cassazione, sostenendo che il giudice di rinvio non aveva giustificato in alcun modo la compensazione delle spese dei precedenti gradi di giudizio, essendosi limitato ad adottare «una motivazione insufficiente e contraddittoria con riferimento alla particolare peculiarità delle questioni trattate e ai contrastanti orientamenti giurisprudenziali».

#### La decisione

Con la sentenza in esame la sez. lav. ha ritenuto infondato il ricorso, richiamandosi al consolidato orientamento giurisprudenziale espresso nella massima surriportata. In particolare la Corte ha affermato che, con riferimento alla denuncia di mancanza di motivazione riguardante la pronuncia di compensazione il preteso vizio di motivazione può legittimamente sussistere soltanto «quando nel ragionamento del giudice di merito, posto a base del giudizio di opportunità e di equità a lui demandato dall'art. 92 c.p.c., non sia possibile identificare il procedimento logico - giuridico seguito». Nella fattispecie invece il giudice di rinvio non era incorso nelle lamentate violazioni, avendo giustificato la compensazione delle spese con specifico riferimento ai contrastanti orientamenti giurisprudenziali, risoltisi solo nelle more del giudizio, con ripetuti interventi della Corte di legittimità nel periodo dal 1994 fino al 2002, essendo stato depositato il ricorso introduttivo dell'originario giudizio nel 1993. Richiamando l'insegnamento delle S.U., la sentenza in esame ha altresì aggiunto che non è comunque necessaria l'adozione di motivazioni specificamente riferite al provvedimento di compensazione, purché le ragioni giustificatrici dello stesso (nella specie, appunto, l'alternarsi degli orientamenti giurisprudenziali sul merito)

«siano chiaramente e inequivocabilmente desumibili dal complesso della motivazione adottata a sostegno della statuizione di merito».

#### I precedenti

In senso conforme alla massima enunciata cfr. ad es. Cass., sez. I, 18 giugno 2008, n. 16575; Cass., sez. I, 1° febbraio 2007, n. 2212; Cass., sez. III, 31 luglio 2006, n. 17450; Cass., sez. lav., 14 gennaio 2004, n. 395, in *Orient. giur. lav.*, 2004, 503; Cass., sez. lav., 27 dicembre 1999, n. 14576. Cfr. anche Cass., sez. I, 5 maggio 1999, in *Corr. giur.*, 2000, 1635 ss., con nota di Nappi.

Per quanto concerne la non necessità che la compensazione delle spese venga espressamente motivata con riferimento alla altalenante giurisprudenza di legittimità sul tema del contendere, quando di tali contrasti si sia comunque dato atto in altre parti della motivazione, ovvero qualora si faccia riferimento alla particolare complessità e incertezza della fattispecie, cfr., richiamata in sentenza, Cass., S.U., 30 luglio 2008, n. 20598, in *Foro it.*, 2008, I, 2778 ss., con nota di Barone, e in *Giust.civ.*, 2009, I, 115 ss.; conformi v. Cass., sez. I, 1° marzo 2007 n. 4854, ivi, 2007, I, 2114 ss., e Cass., sez. lav., 16 febbraio 2009, n. 3715, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, 247; nel senso che la soccombenza reciproca, quale presupposto della compensazione, può risultare implicitamente anche dalla successione delle sentenze di merito, definitive e non definitive, di primo e di secondo grado, v. poi Cass., sez. II, 19 agosto 2009, n. 18496.

La pronuncia annotata ha, correttamente, applicato il testo originario del secondo comma dell'art. 92 c.p.c., che non poneva espressamente a carico del giudice alcun onere di motivazione sulla compensazione. Per effetto della legge n. 263 del 2005, invece, il comma è stato modificato nel senso che i «giusti motivi» che hanno indotto il giudice a compensare le spese debbano essere «esplicitamente indicati nella motivazione», incrementando così la possibilità di controllo su tale decisione in sede di legittimità. Non ancora.... soddisfatto, il legislatore, con la l. n. 69/2009, ha ora trasformato i «giusti motivi» in «gravi ed eccezionali ragioni», sempre da indicare esplicitamente in motivazione, con la chiara intenzione di ridurre drasticamente l'ambito di applicabilità della norma al di fuori delle fattispecie di soccombenza reciproca. Ne consegue che in futuro una motivazione implicita in tema di compensazione delle spese, analoga a quella ritenuta sufficiente dalla pronuncia in esame, sarà invece censurabile in cassazione con buone possibilità di successo.

#### Dottrina

Sull'introduzione, con la L. n. 263/05, dello specifico onere di motivazione sulla compensazione, cfr. Nappi, in *C.P.C. Commentato*, a cura di Consolo e Luiso, Milano, 2007, vol. I, 852 ss. e Canavese, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, I, Bologna, 2007, 21 ss. Sulla successiva trasformazione dei «giusti motivi» in «gravi ed eccezionali ragioni» v. ad es. Sassani, *A.D. 2009: ennesima riforma al salvataggio del processo civile*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it): secondo



l'A. «Lo sfavore per il diffuso fenomeno della compensazione non potrebbe essere più esplicito».

**Guerino Guarnieri**

## LAVORO SUBORDINATO

### MOMENTO ESTINTIVO DELL'OBBLIGO DI REINTEGRAZIONE

Cassazione Civile, sez. lav., 2 dicembre 2009, n. 25385 - Pres. Lupi - Rel. Virgilio - Ministero dell'economia e delle finanze c. Atico Manfredi Pagano s.p.a.

**Nel caso di scelta, da parte del lavoratore illegittimamente licenziato, dell'indennità sostitutiva della reintegrazione ai sensi dell'art. 18, comma 5, cit., l'obbligo di reintegrazione gravante sul datore di lavoro si estingue non già nel momento della dichiarazione di scelta espressa dal lavoratore bensì soltanto nel momento di effettivo pagamento dell'indennità, con la conseguenza che fino a questo momento il datore è obbligato a pagare le retribuzioni globali di fatto.**

#### Il caso

Due dipendenti adivano il Tribunale di Genova ed esprimevano di essere stati illegittimamente licenziati da Rete Ferroviaria Italiana. Una sentenza passata in giudicato aveva confermato l'illegittimità dei licenziamenti ed essi attori avevano quindi optato per il pagamento di 15 mensilità di retribuzione in luogo della reintegrazione. Tale obbligazione non era stata tempestivamente soddisfatta, onde reclamavano il pagamento delle ulteriori retribuzioni "medio tempore" maturate. Il Tribunale respingeva le domande attrici, ritenendo che con l'esercizio della suddetta opzione il rapporto di lavoro fosse definitivamente cessato.

Avverso tale pronuncia proponevano appello i lavoratori e, la Corte territoriale adita, in riforma della sentenza di primo grado, condannava la datrice al pagamento di una somma pari alla retribuzione globale di fatto dalla data del licenziamento fino all'integrale pagamento delle 15 mensilità. Avverso tale pronuncia la soccombente propone ricorso per Cassazione.

#### La decisione

Sostiene la ricorrente azienda che, una volta espressa dal lavoratore - creditore l'opzione per l'indennità sostitutiva della reintegrazione, la scelta è irrevocabile e non sussiste più l'obbligo di reintegra, né correlativamente il diritto del lavoratore alla retribuzione.

La S.C., con questa pronuncia precisa che lo Statuto dei Lavoratori, prevede che, fermo restando il diritto al risarcimento del danno previsto dall'art. 18, al prestatore di lavoro illegittimamente licenziato è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità della retribuzione globale di fatto. Il "comma precedente" prevede a sua volta che il giudice, con la sentenza di reintegra, dispone il pagamento di un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento fino alla data di "effettiva reintegrazione". L'indennità oggetto dell'opzione tiene luogo dell'effettiva reintegrazione, onde finché l'indennità in questione non viene pagata nessuna "effettiva reintegrazione" nel posto di lavoro viene dalla stessa sostituita.

Di più la giurisprudenza della Corte Suprema è ormai costante nell'affermare che, nel caso di scelta, da parte del lavoratore illegittimamente licenziato, dell'indennità sostitutiva della reintegrazione ai sensi dell'art. 18, comma 5 cit., l'obbligo di reintegrazione gravante sul datore di lavoro si estingue non già nel momento della dichiarazione di scelta espressa dal lavoratore bensì soltanto nel momento di effettivo pagamento dell'indennità, con la conseguenza che fino a questo momento il datore è obbligato a pagare le retribuzioni globali di fatto.

E ciò in quanto il sistema dell'art. 18, si fonda sul principio di effettiva realizzazione dell'interesse del lavoratore a non subire, o a subire al minimo, i pregiudizi conseguenti al licenziamento illegittimo; trattasi del principio "di effettività dei rimedi" e che impedisce al datore di lavoro di tardare nel pagamento dell'indennità in questione assoggettandosi al solo pagamento di rivalutazione e interessi ex art. 429 c.p.c.

La S.C. precisa poi che il principio di effettività dei rimedi giurisdizionali, espressione dell'art. 24 Cost., significa che il rimedio risarcitorio, ossia del risarcimento del danno sopportato dal lavoratore per ritardato percepimento dell'indennità sostitutiva ex art. 18 cit., deve ridurre il più possibile il pregiudizio subito dal lavoratore e, in corrispondenza, distogliere il datore di lavoro dall'inadempimento o dal ritardo nell'adempiere l'obbligo indennitario.

#### I precedenti

Nel senso di cui alla massima, v. Cass. 6 marzo 2003, n. 3380, in *Not. Giur. Lav.*, 2003, 485, nonché in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, 77, con note di Petraglia e Raimondi. V., pure, Cass. 28 luglio 2003, n. 11609, in *Not. giur. lav.*, 2004, 73 e in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 154, con nota di Agostini.

**Giorgio Treglia**

### LICENZIAMENTO PER GIUSTA CAUSA E TARDIVITÀ DELLA CONTESTAZIONE

Cassazione Civile, sez. lav., 1 dicembre 2009, n. 25318 - Pres. De Luca - Rel. De Renzis - P.M. Fedeli - Poste Italiane S.p.a. c. A.M.

**La tempestività della contestazione, di cui all'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, va valutata in relazione al momento in cui i falli a carico del datore di lavoro, costituenti illecito disciplinare, appaiono ragionevolmente sussistenti, anche quando il fatto costituente illecito disciplinare assume rilevanza penale.**

#### Il caso

Un dipendente viene licenziato per giusta causa a causa di un comportamento manchevole consistito nell'aver pagato la pensione a delegati fittizi di pensionati deceduti. Per tale comportamento era stato condannato anche in sede penale e sanzionato in sede penale. I fatti, accertati in quella sede avevano convinto la datrice a risolvere il rapporto ex art. 2119 c.c.

Il lavoratore impugnava, tuttavia il licenziamento, ma, il Tribunale respingeva il ricorso ed in particolare riteneva che il comportamento addebitato alla ricorrente fosse caratterizzato da colpa grave e come tale sufficiente a giustificare il licenziamento.

Di contrario avviso era la Corte d'Appello che annullava il licenziamento e condannava la datrice a reintegrare il dipendente nel posto di lavoro, con le conseguenti statuizioni di carattere retributivo e previdenziale.

Sostanzialmente la Corte territoriale riteneva violato il disposto di cui all'art. 7 St. Lav., in relazione al principio di immediatezza della contestazione degli addebiti, intervenuta a distanza di circa otto anni dall'accadimento dei fatti e di circa sette anni da quando erano stati conclusi gli accertamenti interni.

La datrice propone ricorso per Cassazione

### La decisione

La ricorrente sostiene che il giudice di appello, erroneamente, avrebbe riscontrato la violazione del principio di immediatezza della contestazione, non avendo tenuto nella debita considerazione che essa società aveva proceduto ad una puntuale ed esaustiva indagine ispettiva sui fatti commessi dalla propria dipendente e, a seguito dell'accertamento degli stessi, immediatamente aveva provveduto a dare la *notitia criminis* all'autorità giudiziaria per quanto di sua competenza, attendendo l'esito di tali accertamenti prima di adottare la misura grave del licenziamento.

La Corte di Cassazione rigetta il ricorso e conferma la sentenza della Corte territoriale, affermando che la contestazione dell'addebito al lavoratore era intervenuta in data 20 agosto 2001, pur avendo l'azienda concluso, fin dal dicembre del 1994 i sia pur complessi accertamenti interni.

In questa situazione il decorso del lungo periodo di tempo per l'irrogazione della sanzione è stato ritenuto non ragionevole, e ciò anche nella pendenza del procedimento penale.

### I precedenti

Cass. 18 gennaio 2007, n. 1101, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, 2, 523, con nota di Muggia, nonché in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 3, 685, con nota di Calcaterra.

Cass. 8 giugno 2009, n. 13167, in *Guida dir.*, 2009, 31, 70.

### La dottrina

Cfr., per tutti, Ichino, *I molteplici fondamenti giuridici della regola dell'immediatezza della reazione disciplinare alla mancanza del lavoratore*, in *Giust. civ.*, 2002, 6, 1539.

Giorgio Treglia

#### CRITERI GENERALI ED ASTRATTI

#### DELLA SUBORDINAZIONE

Cassazione Civile, sez. lav., 30 novembre 2009, n. 25224 - Pres. Rosselli - Rel. Nobile - P.M. Fucci - Istituto femminile provinciale c. Inps

**Requisito fondamentale del rapporto di lavoro subordinato - ai fini della sua distinzione dal rapporto di lavoro autonomo - è il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, il quale discende dall'emanazione di ordini specifici, oltre che dall'esercizio di una assidua attività di vigilanza e controllo dell'esecuzione delle prestazioni lavorative. L'esistenza di tale vincolo va concretamente apprezzata con riguardo alla specificità dell'incarico conferito al lavoratore e al modo della sua attuazione, fermo restando che ogni attività umana economicamente rilevante può essere oggetto sia di rapporto di lavoro subordinato sia di rapporto di lavoro autonomo. In sede di legittimità è censurabile solo la determinazione dei criteri generali e astratti da applicare al caso concreto, mentre costituisce accertamento di fatto - incensurabile**

**in tale sede, se sorretto da motivazione adeguata e immune da vizi logici e giuridici - la valutazione delle risultanze processuali che hanno indotto il giudice ad includere il rapporto controverso nell'uno o nell'altro schema contrattuale.**

### Il caso

L'Inps ingiunge ad un istituto scolastico il pagamento di contributi previdenziali e sanzioni civili accessorie sul presupposto della sussistenza di rapporti di lavoro subordinato, tra insegnanti ed ausiliari (inservienti) che prestavano la loro attività presso il detto istituto.

Propone opposizione il presunto datore, senza peraltro, successo di sorta. Anche la Corte d'appello conferma la sentenza di primo grado, ritenendo in sintesi che, nel caso in esame, sussistevano tutti gli elementi che contraddistinguono il rapporto di lavoro subordinato.

La causa, su ricorso del datore, giunge alla Corte Suprema.

### La decisione

Il Supremo Collegio rigetta il ricorso, confermando il *dictum* dei giudici di merito e richiama la giurisprudenza assolutamente univoca in tema di subordinazione. In particolare è chiarito che elemento indefettibile del rapporto di lavoro è la subordinazione, intesa come vincolo di soggezione personale del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro, che inerisce alle intrinseche modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative e non già soltanto al loro risultato, mentre hanno carattere sussidiario e funzione meramente indiziaria altri elementi del rapporto di lavoro (quali, ad esempio, la collaborazione, l'osservanza di un determinato orario, la continuità della prestazione lavorativa, l'inserimento della prestazione medesima nell'organizzazione aziendale e il coordinamento con l'attività imprenditoriale, l'assenza di rischio per il lavoratore e la forma della retribuzione), i quali - lungi dal surrogare la subordinazione o, comunque, dall'assumere valore decisivo ai fini della prospettata qualificazione del rapporto - possono, tuttavia, essere valutati globalmente, appunto, come indizi della subordinazione stessa, tutte le volte che non ne sia agevole l'apprezzamento diretto a causa di peculiarità delle mansioni, che incidano sull'atteggiarsi del rapporto.

Inoltre, non è idoneo a surrogare il criterio della subordinazione nei precisati termini neanche il "nomen iuris" che al rapporto di lavoro sia dato dalle sue stesse parti (cosiddetta "autoqualificazione"), il quale, pur costituendo un elemento dal quale non si può in generale prescindere, assume rilievo decisivo ove l'autoqualificazione non risulti in contrasto con le concrete modalità del rapporto medesimo.

Nella fattispecie la Corte territoriale ha rilevato che dalla prova testimoniale è risultato che «sia gli insegnanti, sia gli ausiliari, hanno prestato la loro opera in conformità all'orario scolastico» e «con inserimento pieno e decisivo nella organizzazione aziendale del datore di lavoro».

Peraltro la Corte d'Appello ha anche osservato che l'intero Istituto non aveva nemmeno un dipendente, e si reggeva «su una pretesa convenzione stipulata non con una entità costituita da un differente datore di lavoro, bensì con una collettività di lavoratori», che in realtà faceva capo esclusivamente all'istituto appellante, di guisa che in sostanza i rapporti intercorrevano «tra i singoli lavoratori e l'appellante, e non tra l'appellante, ed una diversa entità».

Tale accertamento è basato sul complesso delle risultanze di fatto scaturite dal verbale di accertamento e dalla prova documentale e testimoniale, e non su semplici valutazioni dei testi, e resiste alle censure dell'istituto ricorrente, che si ri-

solgono in sostanza in una richiesta di riesame del merito, inammissibile in sede di legittimità.

## I precedenti

Cass. 21 novembre 2001 n. 14664, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1976; Cass. 3 aprile 2000, n. 4036, *ivi*, 2000, 711; Cass. 27 febbraio 2007, n. 4500, in questa *Rivista*, 2007, 10, 1026.

Giorgio Treglia

## CONFINI DELLE CLAUSOLE ELASTICHE

Cassazione Civile, sez. lav., 20 novembre 2009, n. 24566 - Pres. De Luca - Rel. Meliadò - P.M. Finocchi Ghersi - Autotrading per l'Italia c. C.S.

**Illegittime le clausole elastiche nel rapporto di lavoro part-time allorquando, atteso che l'esigenza della riduzione di orario deriva da un'accordo bilaterale preventivo, parimenti se le parti convengono che l'attività lavorativa debba svolgersi solo in alcuni giorni della settimana o del mese, anche la distribuzione di tali giornate lavorative sia previamente stabilita**

## Il caso

In *primis* ricordiamo che nel contratto di lavoro part-time - che con il contratto di lavoro a tempo pieno ha in comune la causa giuridica tipica (cioè lo scambio di lavoro-retribuzione), differenziandosene soltanto per la riduzione quantitativa della prestazione lavorativa (e, correlativamente, della retribuzione) - il carattere necessariamente bilaterale della volontà in ordine a tale riduzione nonché della collocazione della prestazione lavorativa in un determinato orario (reputato dalle parti come il più corrispondente ai propri interessi) comporta che ogni modifica di detto orario non possa essere attuata unilateralmente dal datore di lavoro in forza del suo potere di organizzazione dell'attività aziendale, essendo invece necessario il mutuo consenso di entrambe le parti, salvo che nel contratto individuale l'orario della prestazione lavorativa sia determinato soltanto nella durata senza alcuna specificazione della sua collocazione temporale (c.d. clausole elastiche). Nel caso di specie il lavoratore a tempo parziale chiedeva la condanna dell'azienda datrice di lavoro per il fatto che lo stesso si trovava spesso ad essere chiamato ad una maggior prestazione (rispetto a quella predeterminata) anche con un preavviso minimo (anche di poche ore) salvo che lo stesso lavoratore potesse munirsi di adeguata giustificazione. In primo grado le ragioni del ricorrente non venivano ascoltate mentre la Corte di appello di Genova, in riforma della sentenza del Tribunale di Chiavari, condannava il datore di lavoro a corrispondere una somma pari alla metà della differenza tra la retribuzione spettante per il tempo pieno e quella percepita per il periodo in esame ritenendo che era accertato che il dipendente non poteva dare pieno affidamento sul proprio tempo libero.

## La decisione

L'azienda datrice di lavoro ha ricorso per Cassazione lamentando che il giudice del merito, disattendendo il *petitum* del ricorso, aveva riconosciuto al dipendente una integrazione della retribuzione mai richiesta, ed inoltre che non era provato affatto che al lavoratore fosse impedito di gestire autonomamente il proprio tempo libero e che in ogni caso il dipendente poteva ben rifiutare la prestazione ulteriore richiesta.

La Suprema Corte ha ritenuto il primo motivo infondato in quanto non è possibile che in questa sede si censuri il giudizio del giudice del merito allorquando sia motivato in maniera congrua e adeguata rispetto all'intero contesto dell'atto ed al suo senso letterale; inoltre non è vero che il ricorrente non avesse richiesto tale indennità dal momento che l'accertamento della nullità della clausola in oggetto (per contrarietà alla L. n. 863/1984, art. 5) comporta la compensazione di una maggiore penosità della prestazione derivante dalla più ampia disponibilità temporale imposta dal datore di lavoro.

Anche il secondo motivo di censura peraltro è stato ritenuto infondato. Infatti la Suprema Corte ha già più volte ribadito il principio che a fronte del potere unilaterale del datore di lavoro di fissare le modalità temporali della prestazione è necessario che il compenso sia adeguato all'incidenza sulla possibilità di attendere ad altre attività, al tempo di preavviso osservato per la richiesta ulteriore a comando, ecc.

In particolare nel caso di specie si era osservato come il 40 per cento della prestazione mensile non era predeterminata, il preavviso poteva essere anche di poche ore, infine era previsto contrattualmente un obbligo di reperibilità la cui inosservanza era qualificata quale inadempimento contrattuale.

## I precedenti

Sulle clausole elastiche: Cass., sez. lav., 26 marzo 1997, n. 2691, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1517; Cass., sez. lav., 17 marzo 1997, n. 2340 in *Dir. lav.*, 1997, II, 324, con nota di Amendola.

Per il lato economico: Cass., sez. lav., 8 settembre 2003, n. 13107, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 330, con nota di Mariani.

Carlo Alberto Giovanardi

## PREVIDENZA

### RICONOSCIMENTO DELL'INDENNITÀ

PER CONGEDO PARENTALE IN FAVORE DELLE LAVORATRICI AGRICOLE A TEMPO DETERMINATO

Cassazione Civile, sez. lav., 2 dicembre 2009, n. 25355 - Pres. Lamorgese - Rel. D'Agostino - P.M. Sepe - Inps c. T.C.

**Ai fini del riconoscimento, in favore delle lavoratrici agricole con contratto a tempo determinato, del congedo parentale previsto dal D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151, art. 32, il requisito della iscrizione negli elenchi nominativi, di cui al D.L. 3 febbraio n. 7, art. 7, n. 5, convertito, con modificazioni, nella legge 11 marzo 1970, n. 83, per almeno cinquantuno giornate nell'anno precedente, richiesto dall'art. 63, comma 2, dello stesso D.Lgs., deve intendersi realizzato, in virtù di un'interpretazione delle predette disposizioni tendente alla piena attuazione della tutela garantita dall'art. 31 Cost., anche nell'ipotesi in cui la lavoratrice, nel predetto anno, non abbia prestato attività lavorativa, ma abbia fruito del congedo di maternità per astensione obbligatoria dal lavoro.**

## Il caso

La vicenda per la quale è stato richiesto l'intervento dei giudici di legittimità, nasce dal mancato riconoscimento da parte dell'Inps dell'indennità economica per congedo parentale

richiesto da una lavoratrice agricola a tempo determinato a causa della sua mancata iscrizione negli appositi elenchi per il numero minimo di giornate richiesto dalla legge.

Il giudice di primo e secondo grado si pronunciavano in senso favorevole alla lavoratrice, ritenendo, diversamente da quanto sostenuto dall'Inps, che nel computo delle suddette giornate debbano essere comprese anche quelle usufruite nell'anno precedente a titolo di astensione obbligatoria per maternità che a tali fini devono essere considerate come giornate di effettivo lavoro.

Contro la decisione del giudice di appello l'Inps ricorreva in cassazione, mentre la lavoratrice resisteva con controricorso.

### La decisione e i precedenti

Ai sensi dell'art 63 del D.Lgs. n. 151/2001, le lavoratrici e i lavoratori del settore agricolo con contratto a tempo determinato iscritti o comunque aventi diritto all'iscrizione negli elenchi nominativi previsti dall'art. 7, n. 5, del D.L. n. 7/1970, convertito con modificazioni nella L. n. 83/1970, hanno diritto alle prestazioni di maternità e paternità a condizione che nell'anno precedente all'evento risultino iscritti nei suddetti elenchi per almeno quarantuno giornate lavorative. Come precisato dai giudici di legittimità, l'applicazione di questa norma ha dato origine ad un ampio contenzioso che ha interessato le lavoratrici che, avendo usufruito nell'anno precedente del periodo di astensione obbligatoria, risultavano prive delle giornate lavorative richieste dalla legge ai fini del successivo congedo di maternità. Un contenzioso originato dalla rigida posizione assunta dall'Inps, per il quale il periodo di astensione obbligatoria non può essere equiparato all'attività lavorativa, occorrendo per la concessione dell'indennità di astensione facoltativa un numero di giornate di lavoro effettivo pari a quello richiesto dalla legge.

Per la soluzione della questione, i giudici di legittimità muovono preliminarmente dalla ricostruzione dell'intero sistema normativo in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, il quale con l'art. 32 del D.Lgs. n. 151 del 2001 ha disciplinato l'istituto dei congedi parentali, riconoscendo a ciascun genitore il diritto di astenersi dal lavoro nei primi otto anni di vita del bambino per un periodo continuativo o frazionato non superiore a sei mesi durante il quale la lavoratrice o il lavoratore hanno diritto ad un'indennità calcolata in percentuale sulla retribuzione. Anche tale istituto, secondo i giudici di legittimità, deve ritenersi ispirato dalla finalità costituzionalmente rilevante (Corte Cost. 1 aprile 2003, n. 104, in *Fam. Diritto*, 2003, n. 4, p. 313, con nota di R.Nunin; Corte Cost. 23 dicembre 2003, n. 371, in *Foro It.*, 2004, I, c. 995; Corte Cost. 14 ottobre 2005, n. 385, in *Fam. Pers. Succ.*, 2006, 1, 20, con nota di E.Gagnoli) di garantire attraverso la presenza dei genitori un adeguato sviluppo della personalità del bambino, sicché il congedo parentale deve configurarsi come un vero e proprio diritto potestativo cui corrisponde la posizione di soggezione dell'ente previdenziale alla dichiarazione di volontà del titolare del diritto.

È in piena aderenza a tali principi che deve essere interpretata la speciale disciplina relativa al lavoro agricolo, avendo precisato la S.C. che il periodo di astensione obbligatoria spetta per l'intero anno previsto dalla legge anche laddove il relativo periodo di godimento continui oltre l'anno di efficacia della iscrizione negli elenchi (Cass. 18 giugno 1992, n. 7481; Cass. 17 febbraio 1996, n. 1223; Cass. 1 luglio 1999, n. 6721). Una soluzione, quest'ultima, che di recente è stata estesa anche al periodo di astensione facoltativa in considerazione delle medesime ragioni di tutela della maternità (Cass. 11 ottobre

2004, n. 20114, in questa *Rivista*, 2005, 482; Cass. 6 luglio 2007, n. 15257; Cass. 26 luglio 2007, n. 16432).

Sulla base di questo ragionamento i giudici di legittimità ritengono quindi di doversi uniformare ai precedenti in materia che hanno considerato l'astensione obbligatoria come un periodo di lavoro effettivo ai fini del computo delle giornate lavorative richieste dalla legge per la concessione del congedo di maternità (Cass. 11 marzo 1996, n. 1959; Cass. 15 gennaio 1997, n. 356; Cass. 25 febbraio 2002, n. 7671). In questo senso depongono, secondo la S.C., alcune considerazioni di carattere esegetico che discendono in primo luogo dall'art. 5, comma 8, del D.L. n. 468 del 1983, il quale, dopo aver confermato che le quarantuno giornate lavorative costituiscono un requisito costitutivo anche per le prestazioni di malattia, ha precisato che «i periodi di godimento del trattamento di cassa integrazione guadagni e di astensione obbligatoria dal lavoro per gravidanza e puerperio sono assimilati ai periodi di lavoro». E nello stesso senso si pongono gli artt. 25, 30 e 35 del D.Lgs. n. 151 del 2001, i quali prevedono per il periodo di astensione obbligatoria l'accrescimento della contribuzione figurativa ai fini della maturazione del diritto alla pensione e della misura della relativa prestazione, confermando in questo modo l'equiparazione del congedo di maternità ai periodi di lavoro effettivo. Sulla base di queste ragioni la S.C. ha formulato il principio riportato in massima, respingendo il ricorso avanzato dall'Inps.

Giuseppe Ludovico

### IMPOSIZIONE DI CONTRIBUTI

#### DI SOLIDARIETÀ SULLE PENSIONI GIÀ LIQUIDATE DALLE CASSE PROFESSIONALI

Cassazione Civile, sez. lav., 1 dicembre 2009, n. 25301 - Pres. Roselli - Rel. Zappia - P.M. Sepe - A.D.V.E. e altri c. Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza a favore dei Dottori Commercialisti

**Gli enti previdenziali privatizzati (quale la Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza a favore dei Dottori Commercialisti) non possono adottare - in funzione dell'obiettivo (di cui alla L. 8 agosto 1995, n. 335, art. 3, comma 12), di assicurare equilibrio di bilancio e stabilità delle rispettive gestioni - atti o provvedimenti che, lungi dall'incidere sui criteri di determinazione del trattamento pensionistico, impongano, comunque, una trattenuta sul detto trattamento, già determinato, in base ai criteri ad esso applicabili e, come tali, risultino peraltro incompatibili con il rispetto del principio del pro rata, essendo il principio stesso stabilito proprio "in relazione alle anzianità già maturate", che concorrono, appunto, alla determinazione di quel trattamento, ed oltrepassino altresì il limite della ragionevolezza, ledendo l'affidamento dell'assicurato in una consistenza della pensione, proporzionale alla quantità dei contributi versati**

### Il caso

Alcuni titolari di pensione di vecchiaia già liquidata dalla Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza dei Dottori Commercialisti ricorrevano in giudizio, lamentando di aver ingiustamente subito a partire dal gennaio 2004 una trattenuta sulla prestazione a titolo di "contributo di solidarietà". Contro la sentenza di primo grado che aveva accolto la domanda dei ricorrenti, la Cassa di previdenza proponeva domanda di ap-



pello, ottenendone l'integrale accoglimento con compensazione delle spese. Gli appellati soccombenti proponevano quindi ricorso in cassazione, al quale la Cassa resisteva con controricorso e proposizione di ricorso incidentale.

## La decisione e i precedenti

La questione decisa dai giudici di legittimità riguarda l'interpretazione dell'art. 3, comma 12 della L. n. 335 del 1995, introduttivo della riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare, il quale, facendo salvi i principi di autonomia di cui al d.lgs. n. 509 del 1994, ha autorizzato gli enti previdenziali privatizzati ad adottare, allo scopo di salvaguardare gli equilibri di bilancio, appositi provvedimenti di variazione delle aliquote contributive ovvero di riparametrazione dei coefficienti di rendimento e di «ogni altro criterio di determinazione del trattamento pensionistico nel rispetto del principio del pro rata in relazione alle anzianità già maturate rispetto alla introduzione delle modifiche derivanti dai provvedimenti suddetti».

Secondo i giudici di legittimità, la predetta disposizione consentirebbe agli enti previdenziali privatizzati di introdurre modifiche peggiorative nella disciplina vigente, scegliendo in piena autonomia il provvedimento da adottare tra quelli indicati al fine di garantire l'equilibrio finanziario della gestione, purché nel rispetto del principio del pro rata. Riferendosi esclusivamente ai criteri di determinazione dei trattamenti pensionistici, la suddetta norma pertanto non potrebbe giustificare l'imposizione su prestazioni già liquidate di una ritenuta a titolo di "contributo di solidarietà", ponendosi un tale provvedimento irrimediabilmente in contrasto con i limiti stabiliti dall'art. 3, comma 12, della legge n. 335 del 1995. Né in senso contrario potrebbe essere configurato come provvedimento di "variazione delle aliquote contributive" o di "riparametrazione dei coefficienti di rendimento", trattandosi di una decurtazione che interviene su prestazioni già quantificate in base ai criteri vigenti al momento della loro liquidazione, sicché la stessa non potrebbe essere letta come modifica dei "criteri di determinazione del trattamento pensionistico", ma soltanto come riduzione del suo importo. Ogni diversa argomentazione, peraltro, non riuscirebbe a superare la violazione del principio del pro rata "in relazione alle anzianità già maturate", il quale evidentemente esclude la possibilità di una decurtazione di trattamenti pensionistici già liquidati.

In diverso senso non depone neppure la previsione contenuta nell'art. 1, comma 763, della L. n. 296 del 2006, il quale, novellando i primi due commi dell'art. 3, della L. n. 335 del 1995, ha stabilito che restano fermi gli atti e i provvedimenti già adottati dalle Casse professionali nel periodo precedente all'entrata in vigore della legge. Una previsione che, secondo i giudici di legittimità, si riferisce unicamente ai provvedimenti già adottati di contenuto analogo a quelli autorizzati dalla norma, senza che da ciò possa desumersi la possibilità da parte degli enti previdenziali di una riduzione dell'importo dei trattamenti pensionistici già erogati.

Come giustamente rilevato dalla S.C., l'inesistenza nel nostro ordinamento di un principio di intangibilità del trattamento pensionistico non implica infatti l'ammissibilità di una discrezionale modifica dei relativi criteri di determinazione, dovendo il legislatore attenersi al generale limite della ragionevolezza più volte evocato dal giudice costituzionale. Limite che inevitabilmente deve essere interpretato con maggiore rigore nei confronti degli atti non legislativi - quali le determinazioni degli enti previdenziali privatizzati - che abbiano eventualmente disposto una decurtazione dei trattamenti pensionistici già liquidati (nello stesso senso Cass. 7 giugno 2005,

n. 11792; Cass. 25 novembre 2004, n. 22240, in *Foro It.*, 2005, I, c. 1043).

Giuseppe Ludovico

## L'OBBLIGO DI COMUNICAZIONE

DEL REDDITO ALLA CASSA DI PREVIDENZA  
PER GLI AVVOCATI STRANIERI

Cassazione Civile, sez. lav., 25 novembre 2009, n. 24784 - Pres. Sciarelli - Rel. Meliadori - P.M. Abbritti P. - M.B. c. Cassa Naz. Prev. Ass. Forense

**In materia di previdenza forense, l'obbligo di comunicazione dell'ammontare del reddito professionale alla Cassa di previdenza, ex art. 17 della L. n. 576/1980, essendo correlato all'iscrizione all'albo degli avvocati e all'iscrizione alla Cassa medesima, non sussiste per gli avvocati, cittadini dell'Unione Europea, iscritti in altri albi professionali ed alle relative Casse di previdenza (nel caso di specie, Tedesca), nonché ad un albo degli avvocati italiani in virtù del riconoscimento in Italia del titolo professionale, in quanto l'opposta interpretazione della norma, trovando la sua esclusiva giustificazione nella nazionalità estera del professionista, ancorché cittadino europeo, o in altri termini, nel rilievo che verrebbe ad assumere solo l'iscrizione in albi nazionali, sarebbe idonea a determinare una discriminazione sulla base della nazionalità, ed un pregiudizio per la libertà di stabilimento.**

## Il caso

Il giudice di appello, confermando la decisione di primo grado che aveva dichiarato l'inammissibilità dell'impugnazione perché coperta da precedente giudicato, aveva respinto la domanda proposta da un avvocato tedesco iscritto alla relativa cassa professionale, con la quale lo stesso chiedeva l'accertamento dell'insussistenza nei suoi confronti dell'obbligo di comunicazione del reddito di cui all'art. 17 della L. n. 576 del 1980 e il conseguente annullamento della cartella esattoriale emanata dalla Cassa Nazionale Forense in ragione della violazione del suddetto obbligo. Il medesimo giudice aveva invece dichiarato l'inammissibilità della ulteriore domanda, presentata per la prima volta in grado di appello, volta all'accertamento dell'inesistenza dell'obbligo di versamento del contributo integrativo previsto dall'art. 11 della legge n. 576 del 1980.

Contro la pronuncia del giudice di appello l'appellante soccombente proponeva ricorso in cassazione, contro il quale proponeva controricorso la Cassa Nazionale Forense.

## La decisione e i precedenti

Con la pronuncia in commento la S.C., pur confermando la pronuncia di appello nella parte in cui aveva rilevato la preclusione del giudicato, ha ritenuto che la stessa avesse erroneamente omesso ogni valutazione circa la compatibilità tra l'interpretazione offerta dal giudice di primo grado dell'art. 17 della L. n. 576 del 1980 e le norme di diritto comunitario che prevedono il divieto di discriminazioni basate sulla nazionalità e il principio libertà di stabilimento, disciplinando l'applicazione dei regimi previdenziali e contributivi per i lavoratori che si spostano all'interno dell'Unione Europea.

Sotto tale profilo, i giudici di legittimità, uniformandosi ad altro precedente in materia (Cass. 11 gennaio 2006, n. 233, in questa *Rivista*, 2006, 7, 702), hanno ritenuto che la previsio-

ne che impone agli iscritti all'albo degli avvocati l'obbligo di comunicare annualmente alla Cassa Nazionale Forense l'ammontare del reddito professionale dichiarato ai fini fiscali nell'anno precedente, con relativa sanzione in caso di inottemperanza, deve essere interpretata nel senso che l'applicazione di tale obbligo presuppone necessariamente, oltre all'iscrizione nell'albo degli avvocati, anche la contestuale iscrizione alla Cassa Nazionale Forense, avendo l'intrinseca finalità di garantire all'ente previdenziale la puntuale conoscenza del reddito percepito dai soggetti sottoposti all'obbligo contributivo, sicché tale obbligo non può trovare applicazione nei confronti di quanti non risultino iscritti alla stessa Cassa. In questo senso, del resto, depone il regolamento applicativo degli artt. 17 e 18 della legge n. 576 del 1980, come modificati dagli artt. 9 e 10 della legge n. 141 del 1992, emanato con D.M. 22 maggio 1997, il quale prevede una specifica causa di esonero dal suddetto obbligo di comunicazione in favore degli "avvocati e (...) procuratori iscritti ad altri albi professionali e alle relative casse, che abbiano esercitato l'opzione a favore di una di tali casse". Ebbene, come giustamente rilevato dalla pronuncia in esame,

per risultare conforme ai già ricordati principi dell'ordinamento comunitario la previsione di tale causa di esonero deve necessariamente estendersi anche agli avvocati cittadini dell'Unione europea che, avendo conservato l'iscrizione alla relativa cassa previdenziale, risultino comunque iscritti ad un albo degli avvocati italiano in ragione del riconoscimento del titolo ottenuto nel paese di provenienza. Diversamente, infatti, la norma porrebbe nei confronti di tali soggetti una ingiustificata discriminazione basata sulla loro nazionalità, realizzando una inaccettabile violazione del principio di libertà di stabilimento. Discriminazioni - precisano i giudici della S.C. - che in base alle pronunce del giudice comunitario devono ritenersi sussistenti ogni qual volta si configurino restrizioni "suscettibili di porre i cittadini di altri Stati membri in una situazione di fatto e di diritto sfavorevole" rispetto a quella dei cittadini del paese di destinazione, cosicché in queste ipotesi è preciso obbligo del giudice nazionale procedere alla immediata disapplicazione di ogni previsione idonea a provocare tale effetto.

Giuseppe Ludovico

## LIBRI



## Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana

Competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni

di Patrizia De Cesari – Galeazzo Montella

Il volume si propone di offrire all'operatore pratico un quadro dell'attuale normativa sull'**insolvenza transfrontaliera**, quella cioè che si estende al di là dei confini di un solo Stato, nella duplice dimensione nazionale e comunitaria.

In particolare gli Autori si soffermano:

- sulla **competenza internazionale** ad aprire le procedure di insolvenza ed al conseguente **riconoscimento** delle relative **decisioni**;
- sulla **giurisprudenza**, oltre che **italiana** e della **Corte di giustizia CE**, anche dei giudici interni degli altri Paesi membri dell'Unione europea.

Sotto questo profilo, l'opera si presenta come di rilevante novità e rappresenta un *unicum* nel panorama editoriale.

Il volume si rivolge a magistrati, avvocati e curatori fallimentari.

Ipsoa 2009, pagg. 288, € 29,00  
Cod. 102075

### Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**  
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** ([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))
- <http://shop.wki.it/lpsoa>

# Rassegna del merito

a cura di **Filippo Collia**, **Francesco Rotondi**



Il testo integrale della sentenza è disponibile su:  
[www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza](http://www.ipsoa.it/villavoronellagiurisprudenza)

## LAVORO SUBORDINATO

NULLITÀ DEL PATTO DI NON CONCORRENZA  
PER MANCATO RISPETTO DI LIMITI DI OGGETTO  
E DI LUOGO

Tribunale di Bologna, 12 novembre 2009 - Giud. Palladini - C. c. Unipol Gruppo Finanziario S.p.A.

**Il patto di non concorrenza è nullo qualora il vincolo non sia contenuto entro determinati limiti di oggetto e di luogo, cioè quando lo stesso comporti una compressione della concreta professionalità del lavoratore a tal punto da annullarla in pratica, precludendo a quest'ultimo ogni possibilità lavorativa nel suo campo professionale.**

### Il caso

Con ricorso depositato presso il Tribunale di Bologna, C., premesso di aver collaborato per venticinque anni con Unipol, divenendone dirigente, chiedeva al giudice di condannare quest'ultima al pagamento dell'emolumento contrattualmente stabilito come patto di non concorrenza.

La società convenuta si costituiva, chiedendo il rigetto dell'avversaria domanda, eccependo l'invalidità del suddetto patto.

Quest'ultimo era contenuto nel contratto di lavoro, il quale prevedeva l'obbligo del lavoratore di non svolgere nel territorio italiano ed in tutti i paesi della Comunità Europea né in proprio né per conto di terzi alcuna attività, sia inerente alle funzioni espletate nel corso del rapporto, sia ad ogni altro genere di attività esercitata in seno al Gruppo Unipol ed in FINSOE, che potesse essere in qualche modo in concorrenza con l'attività svolta dalle imprese del Gruppo stesso e in Finsoe.

### La decisione

L'art. 2125 c.c. prevede che il patto con il quale si limita lo svolgimento dell'attività del prestatore di lavoro, per il tempo successivo alla cessazione del contratto, è nullo se non risulta da atto scritto, se non è pattuito un corrispettivo a favore del prestatore di lavoro e se il vincolo non è contenuto entro determinati limiti di oggetto, di tempo e di luogo.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, seguito anche dal Tribunale nel caso di specie, la nullità del patto di non concorrenza, per difetto di limiti determinati di oggetto e luogo entro i quali deve essere contenuta la previsione del divieto di future attività successive alla risoluzione del rapporto, intanto è ravvisabile in quanto la sua ampiezza sia tale da comprimere l'esplicazione della concreta professionalità del lavoratore in limiti che non salvaguardino un margine di attività sufficiente per il soddisfacimento delle esigenze di vita.

Secondo il Tribunale nella fattispecie il patto stipulato comprimereva l'esplicazione della concreta professionalità del lavoratore a tal punto da annullarla in pratica, precludendo al la-

voratore, atteso il richiamo a tutte le attività del gruppo Unipol, ogni possibilità lavorativa nel suo ambito lavorativo e, pertanto, lo ha considerato nullo.

### I precedenti

Trib. Milano, 4 marzo 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, 1, 183: nella fattispecie, è stato ritenuto nullo un patto di non concorrenza della durata di un anno esteso a tutto il territorio italiano e avente a oggetto lo svolgimento di qualsiasi attività in concorrenza con la datrice di lavoro, attiva nel settore somministrazione di lavoro e selezione del personale, stipulato con un lavoratore che aveva maturato esperienze professionali solo in quel campo, stante l'impossibilità per il lavoratore di utilizzare all'estero tale professionalità in considerazione della normativa specifica applicabile alla realtà italiana; Trib. Milano, 12 luglio 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, 4 1125: nella fattispecie è stato ritenuto nullo il patto di non concorrenza che prevedeva il divieto per il lavoratore di svolgere l'attività di programmatore informatico a favore sia di imprese clienti della ex datrice di lavoro - società di fornitura di servizi informatici - sia di imprese che utilizzassero un comune software fornito dalla stessa, nei territori di Lombardia, Lazio e Campania; Cass., sez. lav., 15 maggio 2007, n. 11104, in questa *Rivista*, 2007, 1223; Cass., sez. lav., 14 maggio 1998, n. 4891, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 72.

### La dottrina

G. Alpa e V. Mariconda, *Codice civile commentato*, II ed.; Scorcelli, Trib. Milano, 4 marzo 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, 1, 183; Scorcelli, Trib. Milano, 12 luglio 2007, *ivi*, 2007, 4 1125, Girardi, Cass., sez. lav., 15 maggio 2007, n. 11104, in questa *Rivista*, 2007, 12 1223.

Filippo Collia

ILLEGITTIMITÀ DELLA CESSIONE DEL CONTRATTO  
DI LAVORO IN MANCANZA DEL CONSENSO  
DEL LAVORATORE

Tribunale di Monza, 11 novembre 2009, Giud. A. M. Pizzi - P. c. Saccecav Depurazioni Sacede S.p.A.

**La sostituzione della titolarità del contratto in assenza di consenso del lavoratore è legittima in quanto è riconducibile all'ipotesi normativa del trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c. Di conseguenza, qualora il trasferimento del lavoratore disposto dal datore di lavoro non sia riconducibile alla suddetta ipotesi, esso è configurabile come mera cessione del contratto, la cui legittimità è subordinata al consenso del lavoratore ceduto. In mancanza del consenso da parte del lavoratore, il suo rifiuto di eseguire la prestazione di lavoro presso la nuova sede dove è stato trasferito non può essere ritenuto illegittimo, ma giustificato, in quanto attuazione dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c.**

## Il caso

Il sig. P. aveva lavorato alle dipendenze della Sacceav Depurazioni S.p.A. fino al 4 agosto 2008 svolgendo mansioni di chimico di laboratorio presso il laboratorio di analisi della suddetta società in Desio (Milano).

In data 28 aprile 2008 la società datrice di lavoro gli comunicava l'intenzione di effettuare lo spostamento del laboratorio presso la sede di Siracusa, con conseguente trasferimento del personale presso la nuova unità produttiva.

In data 24 giugno 2008 il lavoratore veniva invitato dalla datrice di lavoro a prendere servizio l'1 luglio 2008 presso la nuova sede in Siracusa.

Il lavoratore non ottemperava all'invito rimanendo assente per malattia fino al 20 luglio 2008 e ripresentandosi presso la sede di Desio in data 21 luglio 08.

In quella stessa data la datrice di lavoro contestava al lavoratore l'addebito disciplinare consistente nella mancata presentazione presso la nuova sede di destinazione e, dopo averlo sentito oralmente, gli irrogava la sanzione del licenziamento per giusta causa.

Con ricorso depositato presso il Tribunale di Monza, il lavoratore conveniva in giudizio la Sacceav Depurazioni S.p.A. chiedendo che fosse dichiarata l'illegittimità del licenziamento.

La Sacceav Depurazioni S.p.A. si costituiva contestando la fondatezza in fatto e in diritto della pretesa avversaria e ne chiedeva il rigetto.

## La decisione

Il Tribunale ha accolto il ricorso, dichiarando l'illegittimità del licenziamento.

In primo luogo il Tribunale ha fatto alcune precisazioni in merito alla qualificazione del trasferimento del lavoratore.

Nel 2005 la società datrice di lavoro Sacceav Depurazioni S.p.A. si era associata in associazione temporanea di imprese con un'altra società, la SO.GE.A.S. S.p.A. con sede in Siracusa, al fine di concorrere alla gara di appalto per la gestione del servizio idrico integrato.

Nel 2006 le suddette società costituivano la SO.GE.A.S. Ato Idrico S.p.A. (poi denominata S.A.I. 8) con sede legale sempre in Siracusa, sottoscrivendone l'intero capitale.

Il Tribunale ha qualificato la sopra descritta scansione temporale come un fenomeno successorio che implica la costituzione di un nuovo soggetto giuridico, la S.A.I. 8, come cessionaria delle strutture e del personale SO.GE.A.S. e Sacceav Depurazioni S.p.A.

Posto che titolare del rapporto dedotto era divenuto un terzo soggetto, il Tribunale ha avvertito la necessità di verificare se il provvedimento adottato dalla convenuta nei confronti del lavoratore fosse qualificabile come trasferimento o come cessione del contratto.

Dall'istruttoria espletata era risultato evidente che lo schema formale del trasferimento fosse stato utilizzato per realizzare quello che dal punto di vista sostanziale è qualificabile come cessione del contratto.

Ciò posto, il Tribunale ha precisato che la sostituzione della titolarità del contratto in assenza di consenso del lavoratore è legittima in quanto è riconducibile all'ipotesi normativa del trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c. e che il trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c. consiste nella cessione di una unità produttiva, considerata come complesso di beni che oggettivamente si presentino quale entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica, finalizzata alla produzione di beni o di servizi.

Nel caso di specie la convenuta aveva costituito in epoca

pressoché contestuale al trasferimento del lavoratore una unità produttiva, la quale però, coincidente anche nella collocazione geografica, altro non era che il laboratorio della SO.GE.A.S., passato poi alla titolarità di un altro soggetto, cioè S.A.I. 8.

Di conseguenza, non potendosi ravvisare gli estremi del trasferimento di un complesso di beni e servizi, la fattispecie dedotta non è apparsa riconducibile all'ambito di operatività dell'art. 2112 c.c., bensì a quello dell'art. 1406 c.c., secondo cui ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta.

Pertanto il trasferimento del lavoratore, in quanto cessione del contratto, avrebbe dovuto essere subordinato al consenso del lavoratore ceduto.

Mancando il suddetto consenso, il Tribunale non ha considerato illegittimo il rifiuto del lavoratore di svolgere la sua prestazione lavorativa presso la sede di Siracusa, ma lo ha qualificato come un legittimo esercizio della facoltà di cui all'art. 1460 c.c., secondo cui nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione qualora l'altro contraente sia inadempiente.

## I precedenti

Sul trasferimento d'azienda: Cass., sez. lav., 25 ottobre 2002, n. 15105, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, 905; Cass., sez. lav., 4 dicembre 2002, n. 17207, in *Foro It.* 2003, I, 103; Cass., sez. lav., 10 gennaio 2004, n. 206, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 1, nelle fattispecie il trasferimento ad altra impresa di lavoratori addetti ad una struttura aziendale priva di autonomia organizzativa e caratterizzata dall'estrema eterogeneità delle funzioni degli addetti, insuscettibile di assurgere ad unitaria entità economica, è stata qualificata come esternalizzazione di servizi e non come trasferimento d'azienda; Cass., sez. lav., 17 marzo 2009, n. 6452, in *Red. Giust. civ. Mass.*, 2009, 3. Sul trasferimento illegittimo del lavoratore: Cass., sez. lav., 9 marzo 2004, n. 4771, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 3, secondo cui il provvedimento del datore di lavoro di trasferimento di sede di un lavoratore che non sia adeguatamente giustificato a norma dell'art. 2103 c.c. determina la nullità dello stesso e integra un inadempimento parziale del contratto di lavoro, con la conseguenza che la mancata ottemperanza allo stesso provvedimento da parte del lavoratore trova giustificazione sia quale attuazione di un'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c.

## La dottrina

A. Lepore, *Il trasferimento d'azienda*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, V ed., 2009; Cosio, Cass., sez. lav., 4 dicembre 2002, n. 17207, in *Foro It.*, 2003, I, 458; Scarpelli, Cass., sez. lav., 25 ottobre 2002, n. 15105, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 149; Girardi, Cass., sez. lav., 9 marzo 2004, n. 4771, in questa *Rivista*, 2004, 881.

Filippo Collia

## PROCESSO DEL LAVORO

TERMINE PER LA NOTIFICA DEL DECRETO  
DI FISSAZIONE D'UDIENZA

Tribunale di Monza, 11 novembre 2009 - Giud. P. - S. E. c.  
Danieli & C. Costruzioni meccaniche S.p.A.



**In materia di controversie di lavoro, il termine di dieci giorni assegnato al ricorrente per la notificazione del ricorso e del decreto giudiziale di fissazione dell'udienza di discussione al convenuto, ai sensi dell'art. 415, comma 4, c.p.c., non è perentorio, ma ordinatorio, con la conseguenza che la sua inosservanza non produce alcuna decadenza né implica la vulnerazione della costituzione del rapporto processuale a condizione che risulti garantito al convenuto il termine per la sua costituzione in giudizio non inferiore ai trenta giorni, come stabilito dal quinto comma della stessa norma (ovvero a quaranta giorni nell'ipotesi prevista dal successivo sesto comma).**

## Il caso

Con ricorso depositato in data 8 maggio 2009 e notificato il 30 settembre 2009, il ricorrente conveniva in giudizio il datore di lavoro richiedendo l'accertamento della nullità della clausola di prova con conseguente condanna all'immediata reintegrazione ed al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 18 St. lav.

Si costituiva in giudizio la società resistente contestando integralmente la ricostruzione del ricorrente ed, in particolare, eccependo l'improcedibilità del ricorso per violazione dell'art. 415, comma 4, c.p.c.

Nel caso di specie, il ricorso veniva infatti depositato in cancelleria in data 8 maggio 2009 e successivamente in data 9 maggio 2009 veniva depositato il decreto di fissazione dell'udienza. Il ricorrente ritirava in data 22 maggio 2009 le copie del predetto decreto, ma provvedeva solo in data 25 settembre 2009 ad affidare il ricorso con il relativo decreto agli ufficiali giudiziari per la notifica, la quale si perfezionava in data 30 settembre 2009 ossia 140 giorni dopo l'emissione del decreto di fissazione dell'udienza.

## La decisione

Il giudicante non si è discostato dall'orientamento maggioritario, espresso sia in sede di legittimità che di merito, secondo il quale il termine di 10 giorni dal deposito del decreto per la notificazione di cui all'art. 415, comma 4, c.p.c., è un termine ordinatorio e non perentorio.

Il giudicante, peraltro, ha anche preso posizione circa gli assunti formulati dalla società resistente che aveva richiamato la nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 20604 del 30 luglio 2008, ritenendo che la predetta pronunzia della Suprema Corte non fosse pertinente al caso in esame.

Il Giudicante ha specificato che la Corte di Cassazione nella citata sentenza fa riferimento a discipline non omogenee rispetto a quella oggetto del presente giudizio da cui discende la sentenza in nota, sicché il principio enunciato dalla Cassazione non sarebbe applicabile alla fattispecie con la conseguenza che la notifica del ricorso ex art. 414 c.p.c. alla società convenuta oltre il termine di cui all'art. 415, comma 4, c.p.c. non sarebbe tardiva e, pertanto, non produrrebbe alcuna decadenza.

La sentenza delle Sezioni Unite si riferiva alla diversa fattispecie dell'omessa o inesistente notifica del ricorso con il decreto di fissazioni d'udienza, e non - come nel caso di specie - del mancato rispetto del termine ordinatorio per la notifica del ricorso e del decreto di fissazione d'udienza, fissato dall'art. 415, comma 4, in 10 giorni dal deposito del decreto stesso.

Le Sezioni Unite nella descritta ipotesi avevano, infatti, con-

cluso con ampia motivazione a favore dell'improcedibilità della domanda.

## I precedenti

Cass. 29 novembre 2005, n. 26039, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 11; Cass. 16 agosto 1993, n. 8711, *ivi*, 1993, 1290; Cass. 7 febbraio 1989, n. 745, *ivi*, 1989, 2; Cass. 22 febbraio 1988, n. 1835, *ivi*, 1988, 2; Cass. 30 ottobre 1984, n. 5551, *ivi*, 1984, 10; Cass. 6 febbraio 1982, n. 701, *ivi*, 1982, 2.; Trib. Sciacca, 9 ottobre 2006, in *Il merito*, 2007, 11; Pret. Roma, 6 aprile 1989, in *Temi giurisprudenza romana*, 1989, 113. In senso contrario: Corte d'appello di Genova, 13 novembre 2008, in *Foro It.*, 2009, 4, 1131.

## Dottrina

Proto Pisani, in *Foro It.*, 1986, I, 1849; Crisanto Mandrioli, *Diritto Processuale Civile*, XX ed., III; Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, V ed., Milano, 2008, 316 ss.

Francesco Rotondi

DIFETTO DI LEGITTIMAZIONE PASSIVA DEL DATORE DI LAVORO CONVENUTO IN PROPRIO ANZICHÉ IN QUALITÀ DI SOCIO DI S.N.C.

Tribunale di Bari, 10 novembre 2009 - Giud. Spagnoletti - D. c. Boutique Arrogance di V. T.

**Sussiste il difetto di legittimazione passiva qualora il lavoratore convenga in giudizio un socio di una s.n.c. in relazione ad un rapporto di lavoro di cui è parte la società, quale titolare di un'inesistente ditta individuale, anziché quale socio della suddetta società.**

**La responsabilità dell'errore del ricorrente circa l'assetto giuridico del soggetto passivo non può essere imputata al convenuto, in quanto incombe sulla parte attrice l'onere della esatta individuazione dei destinatari della propria pretesa, onere, peraltro, facilmente assolvibile con l'ordinaria diligenza mediante semplice consultazione di una visura camerale aggiornata.**

## Il caso

Con ricorso depositato presso il Tribunale di Bari, il ricorrente conveniva in giudizio la Boutique *Arrogance* di V. T., chiedendone la condanna al pagamento di differenze retributive e contributive derivanti da un rapporto di lavoro subordinato non regolarizzato.

Si costituiva V. T. eccependo preliminarmente la nullità dell'avverso ricorso, del quale chiedeva il rigetto nel merito, e deduceva, in particolare, di non essere titolare di alcuna ditta individuale, soggetto, quest'ultimo, del tutto inesistente, ma di essere socia e rappresentante legale della s.n.c. "*Arrogance* di V. T. & c.", soggetto giuridico del tutto diverso da quello convenuto in giudizio.

Parte resistente, costituendosi in giudizio, deduceva e provava che la Boutique *Arrogance*, presso la quale la ricorrente assumeva di aver prestato attività lavorativa, non aveva la forma giuridica di una ditta individuale, bensì di una società in nome collettivo, della quale Valenzano Teresa era socia ed amministratrice.

Parte ricorrente non contestava la suddetta circostanza, ma si limitava a sostenere che la legittimazione passiva della convenuta dovesse essere fatta in ogni caso derivare dalla qualità rivestita in seno alla s.n.c.

## La decisione

Il Tribunale ha accolto l'eccezione formulata da parte convenuta, rilevando così il suo difetto di legittimazione passiva. Nel caso di specie, infatti, V. T., socia della s.n.c. che è la controparte del rapporto di lavoro subordinato in oggetto, è stata erroneamente convenuta in giudizio quale titolare di un'inesistente ditta individuale, indicata quale parte di tale rapporto obbligatorio.

L'unico soggetto giuridico verosimilmente legittimato a contraddire rispetto alla domanda di parte attrice è la s.n.c. "Arrogance di V. T. & c.", in quanto titolare della Boutique presso la quale l'istante assume di aver lavorato.

Secondo il Tribunale l'eccezione di parte convenuta non può neanche essere disattesa sul presupposto della responsabilità illimitata del socio della società di persone per i debiti della società, poiché l'accertamento di tale responsabilità presuppone in ogni caso la chiamata in giudizio del socio come tale, anche per consentirgli di far valere in sede esecutiva il beneficio della previa escussione del patrimonio sociale.

Il Tribunale ha quindi ritenuto fondata l'eccezione proposta da V. T. che, pur essendo socia di una s.n.c., e, quindi, tenuta a rispondere solidalmente ed illimitatamente delle obbligazioni sociali, è stata convenuta, per il pagamento di presunti debiti della società, non nella qualità di socio, ma in proprio, venendo così privata della possibilità di far valere in sede esecutiva il beneficio della previa escussione del patrimonio sociale.

## I precedenti

Cass., sez. lav., 11 agosto 2004, n. 15612, in *Giust. civ. Mass.*, 2004: nella fattispecie la S.C. ha cassato per vizi di motivazione la sentenza di merito che aveva affermato la responsabilità per oneri previdenziali relativi a un dipendente di un soggetto, sul presupposto che questi fosse socio di una s.n.c., presso cui il dipendente aveva lavorato per alcuni mesi in un periodo successivo, benché il convenuto datore di lavoro fosse stato evocato in giudizio dall'ente previdenziale quale titolare di ditta individuale, riferibile invece esclusivamente al padre; Cass., sez. III, 18 aprile 2006, n. 8956, in *Giust. civ. Mass.*, 2006: nella fattispecie la S.C. ha statuito che il socio di una società in nome collettivo, che risponde solidalmente ed illimitatamente delle obbligazioni sociali, fondatamente eccepisce il proprio difetto di legittimazione passiva laddove, per il pagamento di debiti della società, venga convenuto in giudizio non nella qualità di socio ma in proprio, non potendo in tal caso far valere in sede esecutiva il beneficio della previa escussione del patrimonio sociale.

## La dottrina

G. Alpa e V. Mariconda, *Codice civile commentato*, II ed.; C. Consolo e F. P. Luiso, *Codice di procedura civile commentato*, III ed.; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, XIII ed.

Filippo Collia

RIPARTO DELLA GIURISDIZIONE FRA GIUDICE  
ORDINARIO ED AMMINISTRATIVO

Tribunale di Bari, 10 novembre 2009 - Giud. Spagnoletti -  
D. P. R. c. AUSL BA/4 ed altri

**Qualsivoglia controversia avente ad oggetto obbligazioni nascenti da un rapporto di lavoro cessato anteriormente alla data del 30 giugno 1998 è esclusa dal novero di quelle conoscibili in sede di giurisdizione ordinaria,**

**poiché - attesa l'imprescindibile relazione che l'art. 69, comma 7, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (e, prima di esso, l'art. 45, comma 17, D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80) istituisce, attraverso il requisito dell'attinenza, tra il suddetto "dato storico" ed un determinato "periodo del rapporto di lavoro" - il necessario presupposto di ogni collegamento della controversia con tale giurisdizione è la sussistenza di un segmento del rapporto stesso temporalmente collocabile dopo la menzionata data.**

## Il caso

Con ricorso del 29 aprile 2002, la ricorrente proponeva opposizione avverso il decreto ingiuntivo, emesso su richiesta del datore di lavoro al fine di ottenere la ripetizione di somme indebitamente erogate a titolo retributivo dal 1985 al 1992, formulando le seguenti eccezioni: difetto di giurisdizione del Giudice ordinario; insussistenza dei presupposti per l'emissione del decreto ingiuntivo; nullità dell'avverso ricorso monitorio; prescrizione del credito ingiunto.

Con memoria di costituzione, resisteva il datore di lavoro contestando integralmente la fondatezza dell'opposizione, di cui chiedeva il rigetto con vittoria di spese.

## La decisione

La decisione, nell'analizzare l'eccezione di carenza di giurisdizione del Giudice ordinario, ricostruisce, anche sulla base della giurisprudenza, il contenuto della norma di riferimento ovvero l'art. 69, D.Lgs. n. 165/01.

In particolare, la sentenza specifica che, ai fini del riparto della giurisdizione, occorre verificare la collocazione temporale dell'episodio che produce la lesione definitiva dell'interesse per la cui tutela si adiscono le vie giudiziarie.

Il Giudice, peraltro, ritiene che il termine del 15 settembre 2000 (ossia il termine fissato dal settimo comma dell'art. 69, D.Lgs. n. 165/01, per la proposizione del giudizio per le controversie relative al periodo precedente al 30 giugno 2008, ai fini dell'attribuzione della giurisdizione al Giudice amministrativo), rappresenti non un limite alla persistenza della giurisdizione amministrativa, ma un termine di decadenza sostanziale per la proponibilità della domanda giudiziale.

Nel caso affrontato dalla sentenza in nota, avente ad oggetto - come detto - la ripetizione di somme indebitamente corrisposte a titolo retributivo, il *discrimen* della giurisdizione va collocato in relazione all'erogazione, ripetuta nel tempo, di retribuzioni in eccedenza rispetto a quanto effettivamente spettante alla lavoratrice dal dicembre 1985 sino alla data di cessazione del rapporto di lavoro in data 24 aprile 1992.

Sulla scorta delle predette considerazioni, il Giudice del Lavoro ha dichiarato il difetto di giurisdizione del Giudice ordinario e conseguentemente ha annullato il decreto ingiuntivo opposto.

## I precedenti

Cass., sez. un., 11 maggio 2009, n. 10669, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 6, 862; Cass., sez. un., 15 luglio 2008, n. 19342, *ibidem*, 1134; Cass., sez. un., 20 novembre 2003, n. 17633, *ivi*, 2003, 11; Cass., sez. un., 31 marzo 2006, n. 7581, *ivi*, 2006, 3; Cass. 23 gennaio 2004, n. 1234, *ivi*, 2004, 1; Cass. 7 marzo 2003, n. 3438, *ivi*, 2003, 489; Cons. Stato 3 settembre 2009, n. 5180, in *Foro amm.*, CDS, 2009, 9, 2052; TAR Napoli Campania, 13 ottobre 2009, in *De Jure*, 2010.

## La dottrina

Apicella, in Perrone Sassoni (a cura di), *Il processo del lavoro*

*e rapporto alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni; Pasquale Picone, Lavoro pubblico e lavoro privato: problemi di giurisdizione. Il punto di vista del giudice ordinario, in Lav. nelle p.a., 2006, 3-4, 579.*

**Francesco Rotondi**

## ONERE DELLA PROVA NELL'AZIONE DI REGRESSO DELL'INAIL CONTRO LE PERSONE CIVILMENTE RESPONSABILI DELL'INFORTUNIO MORTALE DELL'ASSICURATO SUL LAVORO

Tribunale di Trapani, 8 ottobre 2009 - Giud. Antonelli -  
Inail c. Sicilia Marmi s.r.l. e altro

**La responsabilità conseguente alla violazione dell'art. 2087 c.c. ha natura contrattuale, sicché l'istituto assicuratore che agisca in via di regresso, deve allegare e provare la esistenza dell'obbligazione lavorativa e del danno, nonché il nesso causale di questo con la prestazione, mentre il datore di lavoro deve provare che il danno è dipeso da causa a lui non imputabile, e cioè di aver adempiuto al suo obbligo di sicurezza, apprestando tutte le misure per evitare il danno, e che gli esiti dannosi sono stati determinati da un evento imprevisto ed imprevedibile.**

### Il caso

Con ricorso depositato in data 30 agosto 2006 presso la cancelleria del Tribunale di Trapani, sez. lav., l'Inail proponeva azione di regresso ex artt. 10 e 11 D.P.R. n. 1124/1965 nei confronti della società Sicilia Marmi s.r.l. e del legale rappresentante della stessa sig. V., affinché fossero condannati a rimborsare all'ente previdenziale le somme da esso corrisposte, ai sensi dell'art. 66, D.P.R. n. 1124/1965, agli eredi del sig. G. Quest'ultimo, dipendente della Sicilia Marmi s.r.l., era deceduto in data 9 settembre 2002, cadendo dal muro di una cava di marmo, alto circa sette metri, presso la quale stava effettuando operazioni di recinzione su incarico del sig. V. L'Inail, pertanto, aveva provveduto a erogare agli eredi del lavoratore le indennità previste dal Testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

Precisava l'Inail che, in relazione al decesso del sig. G., si era svolto procedimento penale nei confronti del sig. V., nella sua qualità di legale rappresentante e amministratore unico della società Sicilia Marmi s.r.l., per il reato di omicidio colposo commesso in violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro, procedimento conclusosi con una sentenza di patteggiamento.

I convenuti non si costituivano in giudizio; all'udienza il Giudice, verificata la regolarità della notifica del ricorso e del pedissequo decreto di fissazione dell'udienza, ne dichiarava la contumacia.

Acquisita copia del fascicolo d'ufficio del procedimento penale e assunta prova testimoniale, la causa veniva definita in udienza, mediante lettura del dispositivo e delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

### La decisione

Il Tribunale ha accolto il ricorso dell'Inail, condannando i convenuti, in via solidale fra loro, a corrispondere all'ente previdenziale la somma da esso versata agli eredi del sig. G., oltre agli interessi in misura legale, e a pagare le spese di lite.

In via preliminare, il Tribunale ha ritenuto sussistere sia la legittimazione passiva della Siciliana Marmi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore* sig. V., la quale era chiamata a rispondere dell'evento lesivo in qualità di datore di lavoro del sig. G.; sia la legittimazione passiva personale del sig. V., il quale, all'epoca dei fatti di causa, non solo era proprietario del cinquanta per cento del capitale sociale e amministratore unico, ma anche gestiva direttamente e in completa autonomia i lavori della cava, in assenza di un direttore dei lavori o di altro preposto di cantiere.

Sempre in via preliminare, il Tribunale, dopo aver dato atto dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale tra le sezioni penali della Suprema Corte circa la natura della sentenza con la quale viene disposta l'applicazione della pena su richiesta delle parti (*ex art. 444 c.p.p.*), ha ritenuto di aderire all'orientamento secondo cui essa risulta equiparabile ad una sentenza di condanna e, quindi, ha giudicato la stessa astrattamente idonea a consentire all'Inail di agire in via di regresso nei confronti dei destinatari di tale provvedimento.

Pertanto, il Tribunale ha precisato che la pronuncia di condanna *ex art. 444 c.p.p.* è inefficace, da sola, ad individuare i soggetti civilmente responsabili dell'evento dannoso, se manca un riscontro giudiziale della sussistenza degli illeciti ascritti agli imputati, e ha evidenziato che il giudice civile può compiere una valutazione autonoma dei fatti posti dall'Inail a fondamento della propria azione di regresso, anche traendo elementi di prova e di convincimento dall'istruttoria e dagli accertamenti svoltisi in sede penale.

Nel merito, il Tribunale ha affermato che la responsabilità del datore di lavoro per violazione dell'art. 2087 c.c. ha natura contrattuale e che, quindi, in caso di azione di regresso, è onere dell'Inail allegare e provare l'esistenza dell'obbligazione lavorativa, del danno e del nesso causale tra esso e la prestazione lavorativa, mentre il datore ha l'onere di provare di avere posto in essere tutte le misure necessarie per evitare il danno, dimostrando che esso è stato determinato da un evento imprevisto, imprevedibile e non imputabile al datore stesso.

Nel caso in esame, nel corso del giudizio risultava provato che esisteva un rapporto di lavoro tra la società convenuta e il sig. G., che i convenuti avevano violato numerose disposizioni in materia di sicurezza sul lavoro (omettendo di fornire le prescritte e necessarie cinture di sicurezza ai dipendenti, di nominare un direttore responsabile dei lavori e un sorvegliante dei lavori, di predisporre istruzioni scritte per i lavoratori), e che il decesso del lavoratore era conseguenza diretta e immediata della caduta dal muro della cava, avvenuta in assenza di misure di sicurezza.

Per le ragioni esposte, il Tribunale accoglieva la domanda di regresso dell'Inail *ex art. 11, D.P.R. n. 1124/1965*, giudicando accertata la responsabilità civile dei convenuti, i quali, peraltro, non essendosi costituiti, non avevano allegato né provato che il fatto dannoso fosse derivato da causa ad essi non imputabile.

Il Tribunale quantificava il credito dell'Inail verso i convenuti in conformità con quanto certificato dal "Responsabile di Processo Aziende" nel documento prodotto dall'istituto stesso, in applicazione del principio secondo cui l'ente previdenziale può fornire prova della congruità dell'indennità corrisposta al lavoratore attraverso attestazione resa dal direttore della sede erogatrice, trattandosi di atto amministrativo assistito - in difetto di contestazioni specifiche - dalla presunzione di legittimità propria di tali atti.

## I precedenti

Corte Cost. 11 dicembre 1995, n. 499, in *Giust. civ.*, 1996, I, 657: la Corte Costituzionale ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 5, D.P.R. n. 1124/1965, proposta, in riferimento agli art. 3 e 24 Cost., per la parte in cui la norma non consente che, ai fini del diritto di regresso dell'Inail, l'accertamento del fatto reato possa essere compiuto dal giudice civile quando sia stata pronunciata nei confronti del datore di lavoro sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, ex art. 444 c.p.p., perché la peculiare natura della sentenza in esame, non fondata sull'accertamento pieno della responsabilità dell'imputato, abilita il giudice civile a conoscere incidentalmente di tale responsabilità; Cass. civ., sez. lav., 2 febbraio 2007, n. 2242, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2: la Cassazione ha affermato che, in tema di azione di regresso dell'Inail nei confronti delle persone civilmente responsabili per le prestazioni erogate a seguito di infortunio sul lavoro, la sentenza di applicazione della pena su richiesta dell'imputato, pronunciata dal giudice penale ai sensi dell'art. 444 c.p.p., deve ritenersi di condanna, con la conseguenza che il termine di cui all'art. 112, D.P.R. n. 1124/65 si configura come termine di prescrizione ed è pertanto suscettibile di interruzione; Cass. civ., sez. lav., 30 dicembre 1999, n. 14734, in *Dir. e prat. Lav.*, 2000, 1549; Cass. 23 aprile 2008, n. 10529, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 4, 795: la Suprema Corte ha affermato che la responsabilità conseguente alla violazione dell'art. 2087 c.c. ha natura contrattuale, sicché, il lavoratore che agisca per il riconoscimento del danno da infortunio, o l'Istituto assicuratore che agisca in via di regresso, deve allegare e pro-

vare la esistenza dell'obbligazione lavorativa e del danno, nonché il nesso causale di questo con la prestazione, mentre il datore di lavoro deve provare che il danno è dipeso da causa a lui non imputabile, e cioè di aver adempiuto al suo obbligo di sicurezza, apprestando tutte le misure per evitare il danno, e che gli esiti dannosi sono stati determinati da un evento impreveduto ed imprevedibile; Cass. civ., sez. lav., 14 aprile 2008, n. 9817, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, 2, 681: la Cassazione ha affermato che la responsabilità ex art. 2087 c.c. è di carattere contrattuale, in quanto il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato per legge (ai sensi dell'art. 1374 c.c.) dalla disposizione che impone l'obbligo di sicurezza e lo inserisce nel sinallagma contrattuale, sicché il riparto degli oneri probatori nella domanda di danno differenziale da infortunio sul lavoro si pone negli stessi termini che nell'art. 1218 c.c. sull'inadempimento delle obbligazioni; Cass. civ., sez. lav., 8 maggio 2007, n. 10441, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 5.

## La dottrina

P. Acconcia, *Assicurazione infortuni sul lavoro e malattie professionali*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, V ed., 2009, 1777 ss; M. Casola, *Esonero da responsabilità del datore di lavoro e conseguenze processuali in tema di danno differenziale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 1, 99; A. Vallebona, *Rapporti tra processo penale e processo civile per il risarcimento del danno alla persona del lavoratore*, ivi, 2000, 3, 241.

Filippo Collia

## LIBRI



## Crisi di impresa e ruolo del giudice

Regole del mercato, soluzioni giudiziali e negoziali, tutele dei conflitti

di Adriano Patti

Il volume si propone di individuare il **ruolo del giudice** nella **crisi dell'impresa**, attraverso un'ampia e rigorosa analisi che spazia dal concetto di giurisdizione alla concreta funzione esercitata in posizione di terzietà ed imparzialità, soffermandosi, in particolare, sui seguenti aspetti:

- **interpretazione normativa** sulla nuova cultura di impresa ed i suoi elementi qualificanti;
- aspetti di **interazione tra mercato ed economia**, attraverso l'analisi del piano attestato di risanamento, degli accordi di ristrutturazione e del nuovo concordato preventivo;

– esame delle **regole del mercato**, della **posizione delle imprese** e delle loro **crisi**, tramite il confronto tra le ragioni giuridiche della tutela dei diritti e le istanze economiche provenienti dal mercato.

L'opera si rivolge a magistrati, avvocati, curatori fallimentari ed economisti.

*Ipsoa* 2009, pagg. 288, € 29,00

### Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**  
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** ([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))
- **<http://shop.wki.it/ipsoa>**



# Novità legislative ed amministrative

a cura di **Alessia Muratorio**

## Ammortizzatori sociali

EDITORIA E L'ACCESSO ALLA CASSA INTEGRAZIONE

**Decr. Min. Lav. 8 ottobre 2009, n. 47385, in G.U. 9 gennaio 2010, n. 6**

Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha pubblicato il Decreto n. 47385 dell'ottobre 2009 sulla semplificazione delle procedure amministrative e sul riordino dei criteri per l'accesso al trattamento di integrazione salariale in favore dei lavoratori dipendenti di aziende appartenenti al settore dell'editoria, come ad esempio case editrici o stampatrici di quotidiani, di periodici, le agenzie di stampa a diffusione nazionale, per le crisi aziendali che rendono necessaria la riduzione del personale ai fini del risanamento o la ristrutturazione e riorganizzazione aziendale, nei casi di cessazione totale o parziale dell'attività, anche in costanza di fallimento. Ai fini della sussistenza dello stato di crisi, non è necessario che esso risulti dai bilanci aziendali, ma può risultare anche da riscontrabili indicatori oggettivi, presenti e prospettici esterni, che abbiano incidenza su una critica situazione dell'impresa e possano pregiudicarne il buon andamento operativo (calo delle vendite, indicatori economici e finanziari).

Non trova applicazione il requisito dimensionale dei quindici addetti per l'accesso alla misura di sostegno al reddito e restano comunque esclusi i dirigenti, i giornalisti professionisti, i pubblicisti ed i praticanti.

Ciascuna domanda di concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale straordinaria è riferita ad un massimo di dodici mesi ed il pagamento è diretto da parte dell'Inps.

## Finanziaria 2010

APPROVATA LA FINANZIARIA PER IL 2010

**Legge 23 dicembre 2009, n. 191, in G.U. 30 dicembre 2009, n. 302, Suppl. Ord. n. 243**

È stata approvata e pubblicata in Gazzetta Ufficiale la legge n. 191 del 2009 (Finanziaria 2010) nella quale sono state contenute diverse disposizioni che attengono anche alla materia del lavoro, in vigore dal 1° gennaio 2010.

Molte norme riguardano il sostegno al reddito, come la possibilità di concedere trattamenti di integrazione salariale straordinaria, di mobilità e di disoccupazione speciale in deroga subordinatamente alla realizzazione di programmi finalizzati alla gestione di crisi occupazionali, sulla base di specifici accordi in sede governativa per periodi non superiori a dodici mesi. La misura dei trattamenti è ridotta del 10% in caso di prima proroga, del 30% in caso di seconda proroga e del 40% in caso di proroghe successive. I relativi oneri sono a carico del Fondo le cui risorse sono previste dalla delibera del CIPE del 6 marzo 2009 n. 2; per le attività di carattere sociale di pertinenza regionale, il riparto delle risorse tra le Regioni sarà adottato con Decreto interministeriale tra il Dicastero dell'economia e quello del Lavoro (art. 2, commi 129 e 130).

In via sperimentale per il 2010, poi, è prevista la contribuzione figurativa, pari alla differenza tra il contributo dovuto per l'impiego precedente e quello relativo al nuovo lavoro, per chi sia beneficiario di un qualsiasi trattamento di sostegno al reddito, non connesso a sospensioni di lavoro, con almeno trentacinque anni d'anzianità contributiva ed accetti un'offerta di lavoro con inquadramento inferiore. La contribuzione figurativa viene però riconosciuta fino alla data di maturazione del diritto al pensionamento, e comunque non oltre il 31 dicembre 2010 (art. 2, commi 122 e 123). Sempre in via sperimentale per il 2010, viene estesa alle assunzioni di lavoratori in mobilità ultracinquantenni una riduzione contributiva in misura pari a quella prevista per gli apprendisti. La durata della misura è prolungata, per chi assume lavoratori in mobilità o beneficiari dell'indennità suddetta, con almeno 35 anni di età contributiva, fino alla data di maturazione del diritto al pensionamento e comunque non oltre il 31 dicembre 2010. Il beneficio è concesso a domanda, ma risulta contingentato allo stanziamento fatto per il 2010 (art. 2, commi 124 e 125). Vengono previsti incentivi, pari all'indennità di disoccupazione involontaria spettante al lavoratore ed erogati dall'Inps, per i datori di lavoro che non abbiano effettuato nei dodici mesi precedenti riduzioni di personale o sospensioni dal lavoro e che assumano disoccupati (art. 2, comma 141).

Viene prorogata a tutto il 2010 la detassazione dei contratti di produttività dell'art. 5, D.L. n. 185/2008 (art. 2, commi 146 e 147).

Interventi di tutela del reddito sono previsti anche a favore dei lavoratori a progetto, che portano al 30% del reddito percepito l'anno precedente (e comunque non superiore a quattromila euro) quanto già introdotto dall'art. 19, comma 2, D.L. n. 185/2008 in via sperimentale per il triennio 2009-2011: nei limiti di specifiche risorse *ad hoc* viene quindi riconosciuta una somma *una tantum* per collaboratori a progetto che operino in regime di monocommittenza, ab-

biano conseguito un reddito lordo l'anno precedente non superiore a ventimila euro e superiore a cinquemila euro, abbiano accreditato nell'anno di riferimento almeno una mensilità nella gestione separata, risultino senza contratto di lavoro da almeno due mesi e risultino accreditati nell'anno precedente almeno tre mesi nella gestione separata (art. 2, comma 120).

Sono poi prorogati al 2010 gli ammortizzatori sociali riconosciuti per il 2009, in particolare i benefici riconosciuti alle piccole imprese. Sono altresì previste specifiche misure sperimentali finalizzate all'inserimento o reinserimento di determinate categorie di lavoratori svantaggiati, come l'incentivo a favore delle agenzie per il lavoro riconosciuto per ogni lavoratore successivamente assunto (art. 2, commi 135 e 137).

Il legislatore procede anche alla modifica sostanziale di alcuni istituti.

Sulla via del rilancio dell'apprendistato è stato stanziato un finanziamento per il 2010 a favore per il 20% dell'ammontare del primo e del terzo tipo. Viene altresì modificata la disciplina afferente la retribuzione lasciando che sia la contrattazione collettiva a poterla stabilire in misura percentuale e graduale in relazione all'anzianità di servizio (art. 2, commi 144 e 145). Sul fronte del lavoro accessorio sono introdotte alcune modifiche all'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo precisando che il ricorso da parte di un committente pubblico o degli enti locali è consentito nel rispetto del patto di stabilità interno e comunque di contenimento delle spese (art. 2, commi 138 e 139). Quest'ultima precisazione è di *ratio* conforme al blocco delle assunzioni nelle pubbliche amministrazioni, salvo quelle per il triennio 2010-2012 nei corpi di polizia e dei vigili del fuoco, secondo specifiche modalità, nel limite del numero corrispondente ad una spesa pari a quella relativa al personale cessato nel corso nell'anno precedente (art. 2, commi 196 e 200).

Viene reintrodotta lo *staff leasing* attraverso l'abrogazione dell'art. 1, comma 46, L. n. 247/2007 che a suo tempo l'aveva eliminato dall'ordinamento. I contratti di somministrazione a tempo indeterminato possono così essere stipulati di nuovo, con alcune modifiche rilevanti alla normativa del 2003: possono ricorrere a questa possibilità anche i datori di lavoro che abbiano effettuato licenziamenti collettivi per le stesse mansioni cui si riferisce il contratto ovvero per la sostituzione di lavoratori assenti, purché non in sciopero; viene poi allargata l'elencazione delle ipotesi ammesse (art. 2, commi 132 e 134).

## "Decreto Milleproroghe"

EMANATO IL C.D. "DECRETO MILLEPROROGHE"

### **D.L. 30 dicembre 2009, n. 194, in G.U. 30 dicembre 2009, n. 302**

Con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del Decreto Legge n. 194/2009 si procede alla riapertura dei termini previsti dal c.d. scudo fiscale, con la maggiorazione dell'imposta sostitutiva, e per altre disposizioni fiscali. Più in particolare, per quanto qui interessa, l'art. 4, comma 7, e l'art. 6, comma 2 prorogano al 31 maggio 2010 i termini per l'assunzione del personale della Guardia di Finanza e della Polizia, già autorizzata, ed al 31 dicembre 2010 per le assunzioni del personale sanitario, già autorizzate per il 2009. Viene prorogata al 31 dicembre 2010 la validità delle graduatorie delle amministrazioni pubbliche soggette a limitazioni delle assunzioni (art. 2, comma 8).

## Emersione dal nero

INPS E REGOLARIZZAZIONE DI COLF E BADANTI

### **Mess. Inps 29 dicembre 2009, n. 30264**

L'Inps ha precisato che il pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali è comunque dovuto, anche in assenza di contratto di lavoro, in base all'art. 2126 c.c. nelle more della richiesta di regolarizzazione della colf o della badante, senza possibilità di restituzione in caso di rigetto della domanda. L'ammontare relativo per il terzo ed il quarto trimestre 2009 va calcolato sulla base delle ore dichiarate nella domanda di emersione.

## Invalità civile

LE NUOVE MODALITÀ PER IL RICONOSCIMENTO DELL'INVALIDITÀ CIVILE

### **Circ. Inps 28 dicembre 2009, n. 131**

L'Inps ha reso note le modifiche al processo di riconoscimento dei benefici in materia di invalidità civile e disabilità, introdotte con l'art. 20, D.L. n. 78/2009, conv. in L. n. 102/2009, tese a coordinare la gestione delle fasi amministrative e sanitarie e ridurne i tempi. La circolare fa riferimento ai propri messaggi n. 30401, sul rilascio delle procedure d'acquisizione online del certificato medico attestante le patologie invalidanti, l'acquisizione delle domande, e n. 30342, sul rilascio del PIN alle ASL, entrambi del 31 dicembre 2009. La procedura, improntata alla trasparenza del procedimento, risponde all'esigenza di introdurre un sistema digitalizzato di richiesta, verifica, concessione e gestione.

## Pubblico impiego

### AUMENTATE LE ORE DI REPERIBILITÀ PER I DIPENDENTI PUBBLICI

#### D. Min. Funz. Pubbl. 18 dicembre 2009

Con decreto ministeriale sono state portate a sette le ore complessive giornaliere di reperibilità per i dipendenti pubblici in caso di assenza per malattia: dalle 9 alle 13 e dalle 15 alle 18. L'obbligo di reperibilità è invece escluso nei casi in cui l'assenza per malattia sia dovuta a patologie gravi che richiedono terapie salvavita; ad infortuni sul lavoro; a patologie per riconosciuta causa di servizio; infine a stati patologici sottesi o connessi alla situazione di invalidità riconosciuta. Vengono inoltre esonerati dall'obbligo di reperibilità i dipendenti pubblici nei confronti dei quali sia già stata effettuata la visita fiscale, per il periodo indicato nella prognosi.

## Partecipazione dei lavoratori

### L'AVVISO COMUNE PER LA PARTECIPAZIONE DEI LAVORATORI AI RISULTATI DELL'IMPRESA

#### Avviso comune Min. Lav. - OO. SS. 9 dicembre 2009

Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ha siglato con le parti sociali un avviso comune sulle modalità di regolazione della partecipazione dei lavoratori agli utili aziendali, attraverso percorsi e obiettivi comuni, a prescindere dai metodi e dai modelli utilizzati, così da stimolare la qualità dell'occupazione e la crescita della produttività. Le parti firmatarie hanno convenuto di avviare un monitoraggio e, là dove necessario, un accompagnamento, per i prossimi dodici mesi, delle pratiche partecipative in atto. Le parti sociali hanno anche chiesto formalmente al Governo ed al Parlamento di astenersi, per i prossimi dodici mesi, da ogni iniziativa legislativa in materia al fine di consentire di valutare se e quali iniziative normative adottare alla luce del monitoraggio.

## LIBRI

Collana **Le Società**

### Banche, Assicurazioni e Gestori di risparmio

**Corporate governance, vigilanza e controlli**

*a cura di Marco Prosperetti e Alessandro Colavolpe*



Il volume prende in esame, attraverso l'analisi interpretativa delle recenti evoluzioni in ambito normativo e regolamentare, i **soggetti** che, all'interno del mercato finanziario, si occupano della **gestione del risparmio**.

Una volta individuate le linee di tendenza e le problematiche di ordine generale (la **corporate governance** delle banche e delle compagnie di assicurazioni, la **compliance** e l'**informazione**), vengono passati in rassegna gli attori che operano all'interno di questo mercato, concentrando l'attenzione sui profili che assumono rilievo dal punto di vista della **disciplina di vigilanza**.

Ci si sofferma, quindi, sulla disciplina che regola la materia dei **bilanci**, delle **concentrazioni** e della **concorrenza**, delle **crisi** e delle **sanzioni** sia amministrative che penali.

Completa la trattazione l'approfondimento del **trattamento fiscale** dei diversi soggetti coinvolti.

L'obiettivo è quello di dotare gli operatori del settore di un supporto pratico-teorico per la corretta applicazione delle norme e la soluzione di problemi operativi, anche in considerazione degli **obblighi di adeguamento** alle **disposizioni di vigilanza** e di **controllo** previsti per il **2009** per banche e assicurazioni.

L'opera tiene conto di tutte le novità introdotte dal **D.L. n. 155/2008** per la stabilità del sistema creditizio, convertito nella **legge n. 190/2008**, dal **D.L. n. 185/2008**, c.d. "decreto anticrisi" convertito nella **legge n. 2/2009** e dal **Regolamento Isvap 17 febbraio 2009, n. 28**.

*Ipsoa 2009, pagg. 1.632, € 120,00*

#### **Per informazioni e acquisti**

- **Servizio Informazioni Commerciali**  
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** ([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))
- **<http://shop.wki.it/ipsoa>**

## INDICE DEGLI AUTORI

### Luca Busico

La progressione in carriera dei dipendenti pubblici prima e dopo la "riforma Brunetta" ..... 138

### Pierdomenico de Gioia-Carabellese

Gli "agency workers" nel Regno Unito fra common law e disciplina comunitaria ..... 143

### Vincenzo de Michele

Trattato di Lisbona e diritto del lavoro italiano: alla ricerca di un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele ..... 113

### Gianluigi Girardi

Illegittimità del licenziamento di lavoratore adibito a mansioni nocive per la salute ..... 164

### Raffaele Irmici

Il precariato pubblico tra divieto della tutela costitutiva, risarcimento del danno e stabilizzazione ..... 169

### Giorgio Mannacio

Alcuni spunti sul lavoro occasionale e a progetto ..... 183

### Maria Giovanna Mattarolo

Ancora una sentenza della Corte di giustizia sul diritto alle ferie del lavoratore malato ..... 159

### Anna Montanari

Valore probatorio delle dichiarazioni contenute in verbali ispettivi prodotti in giudizio e altre questioni.. 189

### Roberto Rivero

L'individuazione dell'attività prevalente del socio amministratore di s.r.l. al vaglio delle Sezioni Unite ..... 128

### Dionisio Serra

La progressione in carriera dei dipendenti pubblici prima e dopo la "riforma Brunetta" ..... 138

## INDICE CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI

### Giurisprudenza

#### Corte di Giustizia CE

10 settembre 2009, causa C-277/08 ..... 159

#### Corte di Cassazione

3 dicembre 2009, n. 25438 ..... 197

2 dicembre 2009, n. 25385 ..... 198

2 dicembre 2009, n. 25355 ..... 200

1 dicembre 2009, n. 25318 ..... 198

1 dicembre 2009, n. 25301 ..... 201

30 novembre 2009, n. 25224 ..... 199

25 novembre 2009, n. 24784 ..... 202

20 novembre 2009, n. 24566 ..... 200

13 ottobre 2009, n. 21710 ..... 164

### Tribunali

Bologna, 12 novembre 2009 ..... 204

Monza, 11 novembre 2009 ..... 204; 205

Bari, 10 novembre 2009 ..... 206; 207

Foggia, 10 novembre 2009 ..... 169

Foggia, 5 novembre 2009 ..... 171

Novara, 23 ottobre 2009 ..... 183

Trapani, 8 ottobre 2009 ..... 208

Forlì 29 aprile 2009, n. 68 ..... 191

Forlì, 28 aprile 2009, n. 61 ..... 189

### Normativa

Decr. Min. Lav. 8 ottobre 2009, n. 47385, in G.U. 9 gennaio 2010, n. 6 ..... 210

Legge 23 dicembre 2009, n. 191, in G.U. 30 dicembre 2009, n. 302, Suppl. Ord. n. 243 ..... 210

D.L. 30 dicembre 2009, n. 194, in G.U. 30 dicembre 2009, n. 302 ..... 211

Mess. Inps 29 dicembre 2009, n. 30264 ..... 211

Circ. Inps 28 dicembre 2009, n. 131 ..... 211

D. Min. Funz. Pubbl. 18 dicembre 2009 ..... 212

Avviso comune Min. Lav. - OO. SS. 9 dicembre 2009 ..... 212

## INDICE ANALITICO

### Fonti del diritto

#### Diritto comunitario e diritto del lavoro

Trattato di Lisbona e diritto del lavoro italiano: alla ricerca di un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele, di Vincenzo de Michele ..... 113

### Lavoro occasionale

#### Requisiti di durata

Alcuni spunti sul lavoro occasionale e a progetto (*Tribunale di Novara, 23 ottobre 2009*), commento di Giorgio Mannacio ..... 183

### Lavoro subordinato

#### Ferie

Ancora una sentenza della Corte di giustizia sul diritto alle ferie del lavoratore malato (*Corte Giust. CE, 10 settembre 2009, causa C-277/08*), commento di Maria Giovanna Mattarolo ..... 159

#### Lavoro interinale

Gli "agency workers" nel Regno Unito fra common law e disciplina comunitaria, di Pierdomenico de Gioia-Carabellese ..... 143

#### Licenziamento

Illegittimità del licenziamento di lavoratore adibito a mansioni nocive per la salute (*Cass., sez. lav., 13 ot-*



tobre 2009, n. 21710), commento di Gianluigi Girardi.....

Licenziamento per giusta causa e tardività della contestazione (Cass., sez. lav., 1 dicembre 2009, n. 25318) .....

Momento estintivo dell'obbligo di reintegrazione (Cass., sez. lav., 2 dicembre 2009, n. 25385).....

### Orario di lavoro

Confini delle clausole elastiche (Cass., sez. lav., 20 novembre 2009, n. 24566) .....

### Patto di non concorrenza

Nullità del patto di non concorrenza per mancato rispetto di limiti di oggetto e di luogo (Tribunale di Bologna, 12 novembre 2009) .....

### Requisiti

Criteri generali ed astratti della subordinazione (Cass., sez. lav., 30 novembre 2009, n. 25224).....

### Trasferimento d'azienda

Illegittimità della cessione del contratto di lavoro in mancanza del consenso del lavoratore (Tribunale di Monza, 11 novembre 2009) .....

## Previdenza

### Contributi

L'individuazione dell'attività prevalente del socio amministratore di S.r.l. al vaglio delle Sezioni Unite, di Roberto Rivero .....

### Indennità

Riconoscimento dell'indennità per congedo parentale in favore delle lavoratrici agricole a tempo determinato (Cass., sez. lav., 2 dicembre 2009, n. 25355) .....

### Pensioni

Imposizione di contributi di solidarietà sulle pensioni già liquidate dalle casse professionali (Cass., sez. lav., 1 dicembre 2009, n. 25301) .....

### Professionisti

L'obbligo di comunicazione del reddito alla cassa di previdenza per gli avvocati stranieri (Cass., sez. lav., 25 novembre 2009, n. 24784) .....

## Processo del lavoro

### Giurisdizione

Riparto della giurisdizione fra giudice ordinario ed amministrativo (Tribunale di Bari, 10 novembre 2009) .....

### Impresa familiare

Valore probatorio delle dichiarazioni contenute in verbali ispettivi prodotti in giudizio e altre questioni (Tribunale di Forlì, 28 aprile 2009, n. 61; Tribunale di Forlì 29 aprile 2009, n. 68), commento di Anna Montanari .....

### Legittimazione passiva

Difetto di legittimazione passiva del datore di lavoro convenuto in proprio anziché in qualità di socio di s.n.c. (Tribunale di Bari, 10 novembre 2009) .....

## Notificazioni

Termine per la notifica del decreto di fissazione d'udienza (Tribunale di Monza, 11 novembre 2009) .....

## Prove

Onere della prova nell'azione di regresso dell'Inail contro le persone civilmente responsabili dell'infortunio mortale dell'assicurato sul lavoro (Tribunale di Trapani, 8 ottobre 2009) .....

## Spese

Compensazione delle spese e motivazione della sentenza (Cass., sez. lav., 3 dicembre 2009, n. 25438) .....

## Pubblico impiego

### Contratto a termine

Il precariato pubblico tra divieto della tutela costitutiva, risarcimento del danno e stabilizzazione (Tribunale di Foggia, ord. 10 novembre 2009; Tribunale di Foggia, sent. 5 novembre 2009, n. 6036), commento di Raffaele Irmici .....

### Pubblico impiego privatizzato

La progressione in carriera dei dipendenti pubblici prima e dopo la "riforma Brunetta", di Dionisio Serra e Luca Busico.....